This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 074 033 200
GER
993
SEU
HD
Digitized by Google

Bd June 1920

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 30. 1919.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Die

Reformatio in pejus

im

neueren, insbesondere bayerischen Strafprozesse.

Inaugural-Abhandlung

von

Hermann Seuffert.

München 1861.
Christian Kaiser.
Druck von Dr. C. Wolf & Sohn.

BK 2004
GER. 993 SEU
Digitized by Google

OCT 3 0 1919

BK 2004

Digitized by Google

Vorwort.

Die nächste Veranlassung zu vorliegender Arbeit wurde durch die Praxis gegeben. Ich hatte mir die Frage zu beantworten, ob ein Angeklagter, welcher die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein schwurgerichtliches Erkenntniß mit Erfolg ergriffen hat, auf Grund der zweiten Verhandlung in eine härtere Strafe verfällt werden könne, als dieß im ersten Urtheile geschehen ist. Diese Frage führte zu weiteren Untersuchungen und bot mir einen erwünschten Vorwurf für meine Inauguralabhandlung. Der Umstand, daß diese Schrift ein erster Versuch auf dem Felde der Wissenschaft ist, dürfte manchen Entschuldigungsgrund für ihre Mängel bieten. Ich empfand bei deren Abfassung die Vortheile, — aber ich möchte auch sagen, die Nachtheile einer ziemlich ausgedehnten Vertheidigerpraxis. Vortheile, — indem mir vielleicht hie und da ein Bedürfniß des Rechtslebens dringender vor Augen trat, als

Digitized by Google

dem, der stets außerhalb desselben gestanden hat; Nachtheile, — indem vorerst manches Vorurtheil überwunden werden mußte, welches den Vertheidiger zu einer einseitigen Auffassung des Gesetzes verleiten konnte. Ich stehe zwar nicht mehr in der Praxis, fände aber darin die größte Befriedigung, wenn meine Schrift die Veranlassung werden könnte, daß die eine oder andere der darin besprochenen Fragen von denen einer neuen Würdigung unterworfen würde, welche in den Gerichtssälen zu streiten und zu schlichten haben.

München, am 24. Dezember 1860.

Hermann Seuffert.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Einleitung . . . . . Seite 1

Erste Abtheilung.

Allgemeine Sätze.

§. 1. A. Begriff der reformatio in pejus im Strafprozesse „ 11

§. 2. Fortsetzung. Inhalt eines strafrechtlichen Urtheils . „ 14

B. Mögliche Gründe der Unstatthaftigkeit der reformatio in pejus.

1) Beschaffenheit des gebrauchten Rechtsmittels

§. 3. a) im Allgemeinen . . . . . „ 16

§. 4. b) der Berufung insbesondere . . . . . „ 18

§. 5. 2) Theilbarkeit des Erkenntnisses und Rechtskraft der nicht angefochtenen Theile . . . . . „ 22

§. 6. Theilbarkeit der That- und Rechtsfrageentscheidung „ 24

§. 7. Fortsetzung. Theilbarkeit der korrektionalgerichtlichen Erkenntnisse . . . . . „ 28

§. 8. 3) Besonderes Verbot . . . . . „ 30

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

Darstellung des bayerischen Rechtes.

I. Reformatio in pejus bei Rechtsmitteln gegen Endurtheile.

A. Bei der Berufung.

§. 9. Gegenstand derselben . . . . . Seite 35
§. 10. Charakter der Berufung im bayerischen Rechte . . „ 37
§. 11. Fortsetzung . . . . . „ 54
§. 12. Wirkungen des in Art. 338 des St.-P.-G. enthaltenen Verbotes . . . . . „ 55
§. 13. Fortsetzung . . . . . „ 65
§. 14. Gränze des Devolutiveffektes bei der Berufung gegen ein, mehrere strafrechtliche Verhältnisse erledigendes Urtheil. Wirkungen des Art. 338 . . . . . „ 69

B. Bei der Nichtigkeitsbeschwerde.

§. 15. 1) Gegenstand derselben und Charakter des schwurgerichtlichen Urtheils insbesondere . . . . . „ 74
§. 16. 2) Natur der Nichtigkeitsbeschwerde . . . . . „ 75
3) Möglichkeit einer reformatio in pejus bei der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Formfehler
§. 17. a) wegen Formfehler im ersten Stadium der Verhandlung . . . . . „ 76
§. 18. Fortsetzung. Urtheil über mehrere strafrechtliche Verhältnisse . . . . . „ 83
§. 19. b) wegen Formfehler im Stadium der Urtheilsfällung . . . . . „ 84
4) Reformatio in pejus bei der Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Gesetzesanwendung
§. 20. a) im Allgemeinen . . . . . „ 86
§. 21. b) bei einer Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes „ 87
§. 22. c) bei einer Nichtigkeitsbeschwerde des Beschuldigten „ 90
§. 23. Fortsetzung. Einfluß der Beschwerde auf die Ordnung der oberstrichterlichen Thätigkeit . . . „ 94

Digitized by Google

§. 24. d) Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein schwurgerichtliches Urtheil über mehrere strafrechtliche Verhältnisse Seite 97

§. 25. 5) Reformatio in pejus bei der Nichtigkeitsbeschwerde gegen appellationsgerichtliche Erkenntnisse . . . . „ 98

§. 26. C. Reformatio in pejus bei der Wiederaufnahme . . . . . „ 105

II. Reformatio in pejus bei Rechtsmitteln gegen Verweisungs-Erkenntnisse.

§. 27. 1) im Allgemeinen . . . . . Seite 106

§. 28. 2) im Besonderen (nach bayerischem Rechte) . . . „ 109

§. 29. 3) Fortsetzung. Einfluß des Verweisungs-Erkenntnisses auf das Endurtheil . . . . . „ 113

§. 30. **III. Reformatio in pejus beim Einspruche** „ 120

§. 31. Resultate . . . . . „ 123

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

An sich hat jedes Urtheil die Präsumtion der materiellen Richtigkeit für sich. Irrthum, Schwäche und selbst böser Wille sind aber möglicher Weise die Veranlassung eines ungerechten Richterspruches; daher muß Sorge getragen sein, daß die nachtheiligen Folgen eines solchen von den dadurch Betroffenen abgewendet werden können. Zu dem Ende sind denselben Rechtsmittel an die Hand gegeben. Da aber keine Einrichtung im Stande wäre, obige Unvollkommenheit ganz zu beseitigen, das zweite und weitere Urtheil ebenso wie das erste dem Vorwurfe der Ungerechtigkeit unterworfen ist, so muß man, damit nicht der Rechtszustand durch endlose Urtheilsanfechtungen verwirrt werde und dadurch der Satz "summum jus summa injuria" Berechtigung erhalte, einen richterlichen Ausspruch unter gewissen Voraussetzungen als unanfechtbar erklären und ihm die Kraft eines Gesetzes für das konkrete Verhältniß beilegen [1]). Diese Eigenschaft der formalen Wahrheit eines Richterspruches heißt Rechtskraft.

Rücksichtlich des bürgerlichen Prozesses war man jederzeit der Ansicht, daß dieselbe unentbehrlich sei. [2]) Dagegen wurde

---

[1]) Savigny System Bd. 6 S. 259 ff.

[2]) Savigny a. a. O. S. 260 a. E. Martin Vorlesungen über die Theorie des deutsch gem. bürg. Prozesses Bd. 1 S. 545.

Digitized by Google

deren Zulässigkeit im Strafprozesse wegen seines Gegenstandes und seiner diesem entsprechenden Gestaltung in Abrede gestellt.[3])

Allerdings muß nun das Streben des Strafprozesses weit mehr als das des bürgerlichen auf Erzielung materieller Wahrheit gerichtet sein.[4]) Allein es ist nicht zu übersehen, daß derselbe, — es mag die seinen Gegenstand bildende Rechtsverletzung vom privat- oder öffentlich-rechtlichen Standpunkt aus aufgefaßt werden, er mag vom Verhandlungs- oder Offizialprinzipe beherrscht, er mag in der Anklage- oder Untersuchungsform ausgebildet sein:[5]) — ein Streit Rechtens zwischen zwei selbstständig

---

[3]) Vgl. z. B. Mittermaier das deutsche Strafverf. (4. Aufl.) §. 202 Bd. 2 S. 617 und Note 12 u. 15; Walther die Rechtsmittel im Strafverfahren Bd. 1 S. 71; vgl. auch noch unten Note 11 u. 12.

[4]) Zachariä Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens S. 27; Köstlin der Wendepunkt des deutsch. Strafverf. S. 21.

[5]) Ich glaube nicht, den vielen Abhandlungen über Anklage- und Untersuchungsprinzip, Anklage- und Untersuchungsform, sowie die Vorzüge des einen oder andern — vergl. insbesondere Martin Lehrb. des gem. deutsch. Kriminalproz. (5. Ausgabe von Temme) §. 6 u. 7, woselbst sich auch eine reichhaltige Litteraturangabe über vorwürfigen Gegenstand findet; Mittermaier deutsch. Strafverfahren §. 12; dessen Gesetzgebung und Rechtsübung nach ihrer neuesten Fortbildung (1856) S. 269 ff.; Zachariä Gebrechen und Reform S. 23 ff., S. 63 ff.; vor Allen aber die Ausführungen bei Köstlin Wendepunkt S. 37 ff.; sodann Planck systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848 S. 146 ff. — eine neue Erörterung beifügen zu sollen, welche doch nichts anderes als ein Referat des bisher Vorgetragenen sein könnte und um so weniger Bedeutung hätte, als man im Allgemeinen über die Prinzipien, von denen ein gutes Strafverfahren beherrscht sein soll, einverstanden ist, und wie Walther Lehrbuch des bayerischen Strafprozeßrechtes S. 11 ff. bemerkt, nur über die Terminologie sich streitet. Es genügt zu konstatiren, daß mit der richtigen Erfassung der Natur des

Digitized by Google

interessirten Subjekten, nämlich dem Privat- oder dem den Staat vertretenden öffentlichen Ankläger und dem wirklichen oder vermeintlichen Urheber einer Rechtsverletzung über die Geltendmachung des von dem ersteren gegen den letzteren behaupteten Strafrechtes (im subjektiven Sinne) ist[6]; — es darf nicht übersehen werden, daß das Bedürfniß und der Anspruch einer formalen Gewißheit wegen der Endlichkeit aller menschlichen Einrichtungen bei jeder Auffassung des Verbrechens und jeder Gestaltung des zu seiner Verfolgung bestimmten Verfahrens sich sowohl im Falle der Freisprechung als der Verurtheilung des Angeschuldigten gerade wie im bürgerlichen Prozesse geltend mache.[7])

Kriminalprozesses die Nothwendigkeit einer Scheidung der parteilichen Interessen von der unparteilichen Thätigkeit des Richters — Köstlin Wendepunkt S. 50 — jetzt allgemein auch für den Strafprozeß anerkannt wird. Vgl. die folg. Note.

[6]) Archiv des Kriminalrechts 1834 S. 463; Stübel das Kriminal-Verfahren §. 3209; Stahl Rechts- und Staatslehre Bd. 2 Abth. 2 S. 441; Köstlin Wendepunkt S. 49 f.; Planck system. Darst. S. 157 ff.; Walther Lehrb. S 8 ff.; Stemann Darstellung des preußischen Strafverfahrens S 12 f., welcher besonders die Doppelstellung des Staates im Kriminalprozesse hervorhebt.

[7]) Vgl. Planck a. a. O. S. 519; Morin, répertoire général et raisonné du droit criminel (Paris 1851) tom. I p. 416: „Si l'exception de chose jugée est d'ordre public dans les procès civils, elle doit avoir ce caractère au plus haut degré pour les matières criminelles, où se trouvent toujours engagés de graves intérêts. Sans doute il importe à la société que toutes les infractions punissables soient réprimées, que toute poursuite aboutisse à une décision irréprochable; mais la justice et l'intérêt social lui-même veulent que tout procès ait un terme, qu'un individu poursuivi ne le soit pas plusieurs fois pour le même fait, y eût-il erreur vraisemblable dans le premier jugement. De là cette maxime de droit criminel si im-

Digitized by Google

Sowohl das römische [8]) wie das kanonische [9]) Recht haben die Rechtskraft der Straferkenntnisse anerkannt und die ältere italienische Praxis [10]) blieb auf diesem Standpunkte stehen.

Im gemeinen Kriminalprozeß wollte man zwischen Anklage- und Inquisitionsprozeß unterscheiden. Für den ersteren ließ man die Rechtskraft gelten. [11]) Dagegen meinte man sie für den letzteren — als mit seinem Wesen unvereinbar — verwerfen zu müssen. [12])

---

périeuse, qui a traversé les siècles: „Non bis in idem.“ Vgl. auch Müller die preußische Strafprozeßordnung in ihrer jetzigen Gestalt S. 162.

[8]) Paulus rec. sent. I 6 B §. 1 — 3; L. 7 §. 2 de accusation. (48,2), L. 4 §. 2 ad leg. Jul. de adult. (48,5), L. 9 Cod. de accus. (9,2); Geib, Geschichte des römischen Kriminalprozesses S. 668, welcher jedoch einen Unterschied zwischen freisprechenden und verurtheilenden Erkenntnissen hervorhebt; Klenze Lehrbuch des Strafverfahrens S. 155; Zachariä, Grundlinien des gem. deutsch. Krimin.-Proc. S. 290. Die Rechtskraft war jedoch nur eine relative, indem — zwar in beschränkter Weise — ein anderer Ankläger auftreten konnte. L. 7 §. 2 de accus. cit., L. 4 §. 2 ad leg. Jul. de adult. cit.

[9]) Cap. 6 X. de accus. (5,1); Zachariä a. a. O. S. 292.

[10]) Zachariä a. a. O.

[11]) Stübel Kriminalverf. (1811) §. 3203; Tittmann Handbuch der deutschen Strafrechtswissenschaft (1824) §. 904. Henke Handb. d. Kriminalrechts und der Kriminalpolitik (1838) Bd. 4 §. 118 S. 762 ff.

[12]) Vrgl. die in der vorg. Note Zitirten und Bauer Lehrb. des Strafproz. (1835) §. 202; Müller Lehrb. des deutsch. gem. Krim.-Proz (1837) §. 207 insbesondere Note 12, welch' Letztere die Unzulässigkeit der Rechtskraft selbst auf den Anklageprozeß ausdehnen; Klenze Strafverf. (1836) S. 169; Martin Lehrbuch (5. Ausg.) § 56. Einige nehmen für freisprechende Urtheile Rechtskraft an, schließen sie aber bei verurtheilenden aus: Quistorp peinl. Recht

Digitized by Google

Nicht im Inquisitionsprozesse aber, welcher, wie Köstlin [13]) bemerkt, der richtigen Erfassung des Verbrechensbegriffes weit mehr entspricht, als der Anklageprozeß, sondern in dessen Ausartung im gemeinen deutschen Strafprozesse [14]) lag der Grund, warum man die Rechtskraft der Straferkenntnisse ausschloß.

Ueber dem Streben nach materieller und doch nie vollkommen erreichbarer Wahrheit übersah man die Persönlichkeit und Subjektivität im Angeschuldigten, beseitigte fast alle schützenden Formen und benützte ihn als Objekt wie andere Beweismittel. [15]) Das Bedürfniß nach einer Festigkeit der Rechtspflege trat über diesem einseitigen Streben in den Hintergrund und man begnügte sich, an die Stelle der Unabänderlichkeit (Rechtskraft) die Vollstreckbarkeit der Straferkenntnisse zu setzen. [16])

Der unbefriedigende Zustand aber, in welchem sich das gemeinrechtliche und mit ihm die meisten partikularrechtlichen Strafprozeßordnungen vor 1848 in Deutschland befanden, ließ immer mehr die Unhaltbarkeit der bestehenden, sowie die Nothwendigkeit der Einführung anderer, der fortgeschrittenen Erkenntniß ent-

---

(1796) § 766 Thl. 2 S. 398; vergl. Zachariä Grundlinien S. 293; Kleinschrod im alten Archiv des Krim.-R. Bd. 2 Stück 3 (1800) S. 20 ff. läßt die Rechtskraft freisprechender Kriminalurtheile nach Ablauf des Dezendiums eintreten.

[13]) Wendepunct S. 47.

[14]) Köstlin a. a. O. S. 40.

[15]) Köstlin a. a. O. S. 58—60.

[16]) Henke Hdb. Thl. 4 S. 763: „Die erstere (Vollstreckbarkeit) kann nicht auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben werden, sondern muß ... ohne weitern Aufschub eintreten .... Eine Unabänderlichkeit strafgerichtlicher Erkenntnisse, sei es zum Vortheil oder Nachtheil des Angeschuldigten, kann dagegen ... nicht Statt haben. Die Annahme des Gegentheils ist ein Verkennen der wesentlichen Verschiedenheiten des Strafverfahrens von dem Civilprozesse."

Digitized by Google

sprechenden Einrichtungen hervortreten.[17]) Man glaubte die Schuld an dem ungenügenden Zustande der Strafrechtspflege hauptsächlich dem Inquisitionsprinzipe beimessen zu müssen[18]) und meinte ein vom Anklageprinzipe beherrschtes Verfahren schaffen zu sollen.[19])

Den englisch-französischen Strafprozeß, als von diesem Prinzipe angeblich beherrscht, nahm man sich zum Muster.[20]) Da aber dasselbe weder in dem einen noch in dem andern das maßgebende ist[21]), und die Einführung des Anklageprozesses ein arger Rückschritt in der Auffassung und Behandlung des Verbrechens gewesen wäre[22]), so hat man sich — geleitet von rich-

---

[17]) Zachariä Gebrechen S. 4; Mittermaier Gesetzgebung S. 2.

[18]) Köstlin Wendepunct S. 40 (Siehe Note 21).

[19]) Grundrechte des deutschen Volkes §. 38: „In Strafsachen gilt der Anklageprozeß" (Quellensammlung von Roth u. Merck 2 Bd. S. 123.) Verhandlungen des Gesetzesgebungs-Ausschusses der Kammer der Reichsräthe (in Bayern) vom Jahre 1848 Beilagenband 1 S. 147; Protokollband 1 S. 347; Sitzungsberichte der bayerischen Strafgerichte Bd. 3 S. 385.

[20]) Bayerisches Grundlagengesetz vom 4. Juni 1848 Art. 16.

[21]) Köstlin Wendepunkt S. 40: „In Wahrheit bildet... den Gegensatz des deutschen Prozesses nicht der Anklageprozeß, soferne man darunter das auf dem Anklageprinzipe beruhende Strafverfahren versteht; sondern der deutsche mit dem englischen (Biener das englische Geschwornengericht Bd. 2 S. 14 ff.) und französischen ꝛc. überhaupt der moderne (germanische) Prozeß steht als Untersuchungsprozeß im Gegensatze zu dem Anklageprozesse der alten Welt.... Innerhalb des Untersuchungsprinzipes dagegen steht allerdings der gemeine deutsche Prozeß im Gegensatz zu dem englischen, französischen ꝛc., soferne in jenem das Untersuchungsprinzip zur Fratze verzerrt, in dem letzteren dagegen organisch durchgebildet ist."

[22]) Köstlin a. a. O. S. 49, 39.

Digitized by Google

tigen Gedanken, und nur irrend im Ausdruck — begnügt, unter Beseitigung der gefahrbringenden Willkür[23]), welche dem gemeinen Prozesse innewohnte, dem Strafverfahren diejenige Form zu geben, welche allein einem organischen Verfahren entspricht. Das Streben nach materieller Wahrheit wurde in der Erkenntniß seiner Endlichkeit auf das richtige Maß zurückgeführt, die Persönlichkeit und Parteistellung des Angeschuldigten anerkannt und dem Anspruche nach einer formalen und daher möglichen Gewißheit Berechtigung zugestanden; der Begriff der Vollstreckbarkeit nahm wieder den Charakter der Unabänderlichkeit an, und die Rechtskraft der Straferkenntnisse erhielt in Wissenschaft und Gesetzgebung wieder mehr und mehr Anerkennung.[24])

So bestimmt der Artikel 263 des bayerischen Strafprozeßgesetzes vom 10. November 1848:

> „Ist ein Angeschuldigter von den Geschwornen für nicht schuldig erklärt worden oder hat ein denselben von der Strafe freisprechendes Urtheil die Rechtskraft beschritten, so kann in Ansehung derselben That, welche den Gegenstand der Anklage bildete, das Strafverfahren niemals wieder aufgenommen werden",

und diese Bestimmung ist durch Artikel 366 auf die korrektionalgerichtlichen Entscheidungen der Bezirks- und Appellgerichte ausgedehnt.

Im Falle der Verurtheilung kann nur in sehr wenig Fällen und hier nur zu Gunsten des Angeschuldigten eine Wiederaufnahme des Verfahrens begehrt werden.[25])

---

[23]) Köstlin a. a. O. S. 85.

[24]) Vergl. die oben Note 7 angeführten; ferner Stemann Darstellung S. 16, 158; Arnold im Gerichtssaal (1851) Bd. 3 S. 1 ff., S. 46, besond. S. 48; Martin Lehrbuch des Strafproz. (Ausgabe von Temme) §. 187 S. 574.

[25]) Gegen den Vorwurf, welchen Walther Lehrbuch S. 450 Note ** dem französischen und damit auch dem bayerischen Rechte macht,

Digitized by Google

In den anderen neueren Strafprozeßordnungen zeigt sich zwar ein Schwanken im Ausdruck, indem bald von rechtskräftigen bald von vollstreckbaren Erkenntnissen gesprochen wird, allein abgesehen davon, daß der Ausdruck dem Wesen einer Sache nicht präjudizirt, tritt fast durchgängig das Bestreben hervor, die Fälle der Wiederaufnahme möglichst zu beschränken und die angenommenen bestimmt zu bezeichnen. Einige Gesetze kommen dann freilich durch eine große Ausdehnung der Wiederaufnahmsfälle zu einem mit der Rechtskraft nicht wohl verträglichen Resultate.[26])

---

vgl. Trébutien cours élémentaire du droit criminel (Paris 1854) tom. II p. 579, welcher zuerst die Nothwendigkeit einer Revision anerkennt, dann aber bemerkt: „Mais tout le monde est aussi d'accord sur un second point: c'est que la révision, légitime et nécessaire en principe, deviendrait un danger social si on ne l'organisait avec une extrême prudence, et si on ne l'accordait avec une extrême réserve"; und Motive zu dem bayer. Gesetzentwurfe: die Rechtsmittel gegen die vom Assisenhofe erlassenen Urtheile in den Verh des Gesetzgebungs-Ausch. d. K. d. Abg. Beil.-Bd. 1 S. 373.

[26]) Nur zu Gunsten des Angeschuldigten gestatten die Wiederaufnahme:

Preußen — Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 193; vgl. Müller a. a. O. S. 162;

Württemberg — Gesetz vom 24. August 1849 Art. 257 ff.; daselbst gilt jedoch für geringere Uebertretungen noch die Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1848, nach welcher in vielen Fällen eine Wiederaufnahme für und wider den Angeschuldigten Statt hat;

Hessen-Darmstadt — (ältere Provinzen) Gesetz vom 28. Okt. 1848 Art. 294 ff.;

Nassau — Gesetz vom 14. April 1849 Art. 280 ff., welch' letztere ganz mit den Bestimmungen des Art 263 und 264 des bayerischen Rechtes übereinstimmen.

Auch gegen den Angeschuldigten findet eine Wiederaufnahme Statt in

Digitized by Google

Die nachtheiligen Folgen, welche den Betheiligten aus dem Rechtskräftigwerden eines ungerechten Urtheiles erwachsen, können, wie Eingangs hervorgehoben wurde, durch den Gebrauch von Rechtsmitteln beseitigt werden. Sieht man nun von der Beschaffenheit des konkreten Rechtsmittels ab und vergleicht das auf die erhebene Beschwerde erlassene Urtheil mit dem angefochtenen, so kann sich das erstere zum letzteren in einer dreifachen Art verhalten. Das erste Urtheil wird entweder bestätigt oder zum Vortheil oder zum Nachtheil des Beschwerdeführers abgeändert. Der letzten Einrichtung des zweiten Erkenntnisses, welche man gemeinhin als reformatio in pejus [27]) zu bezeichnen pflegt,

---

Zürich — Ges. vom 16. November 1851 §. 174 (jedoch in sehr beschränkter Weise);

Braunschweig — Gesetz vom 22. August 1849 §. 173;

Oldenburg — Strafproß.-Ordn. vom 7. Nov. 1857 Art. 463;

Hannover — St.-P.-O. vom 5. April 1859 §. 229, 230;

Baden — Gesetz vom 5. Febr. 1851 §. 119—122;

Thüringen — großherz. sächs., fürstl. schwarzburg. St.-P.-O. v. 9. Dez, 24. Nov. u. 10. Dez. 1854 Art. 336—339;

Sachsen-Altenburg — St.-P.-O. v. 27. Febr. 1854 Art. 292 ff.;

Oesterreich — allg. St.-P.-O. v. 29. Juli 1853 §. 365 ff. Sehr weit geht

Königreich Sachsen — St.-P.-O. v. 1. August 1856 Art. 386, 387; vergleiche dazu Sundelin, die Staatsanwaltschaft in Deutschland (Anclam 1860) S. 131;

am weitesten aber

Hessen-Kassel, woselbst der § 418 des Gesetzes vom 31. Okt. 1848 die allgemeine Bestimmung enthält: „Eine Wiederaufnahme des Verfahrens auf Grund neu entdeckter Thatsachen oder Beweismittel findet Seitens des Anklägers und des Angeklagten gegen verurtheilende und freisprechende Erkenntnisse ... Statt."

[27]) Vgl. über den Ursprung dieses Ausdruckes Sartorius im zivil. Arch. Bd. 31 S. 86.

Digitized by Google

stehen aber möglicher Weise wesentliche Schranken im Wege. Dieselben können sich ergeben:

1) aus der Beschaffenheit des gebrauchten Rechtsmittels;
2) aus der Theilbarkeit des angefochtenen Erkenntnisses und der Rechtskraft der nicht angefochtenen Theile;[28])
3) aus besonderer Bestimmung des Gesetzes.

Gegenstand dieser Abhandlung ist die Darstellung, in wie weit sich aus den angeführten drei Gründen die Unzulässigkeit einer reformatio in pejus für den Strafprozeß entwickeln lasse; und zwar zunächst im Allgemeinen, sodann mit besonderer Rücksichtnahme auf die Bestimmungen des bayerischen Rechtes. Dabei muß vor Allem der Begriff festgestellt und untersucht werden, inwieferne überhaupt im Strafprozesse das auf ein erhobenes Rechtsmittel hin erlassene Urtheil im Vergleich zum angefochtenen einen Nachtheil für den Angeschuldigten enthalten könne.

---

[28]) Goltdammer Archiv für preußisches Strafrecht Bd. 8 (1860) 3. Heft S. 317.

Digitized by Google

Erste Abtheilung.

Allgemeine Sätze.

§. 1.

A. Begriff der reformatio in pejus im Strafprozesse.

Reformatio in pejus ist die Abänderung eines Urtheiles zum Nachtheile des Beschwerdeführers. Schon der Wortlaut „Abänderung“ weist darauf hin, daß zur Zeit der Fällung des zweiten Urtheiles das erste noch zu Recht besteht. Nicht alle Rechtsmittel führen aber zu einer unmittelbaren Urtheilsfällung in der Sache selbst; vielfach hat der durch das Rechtsmittel angegangene Richter nur die vorhandenen Mängel des ersten Urtheils oder des ihm vorausgegangenen Verfahrens festzustellen, je nach dem Einflusse der aufgefundenen Fehler das ihm zur Prüfung vorliegende Urtheil zu beseitigen und den vorigen oder einen anderen Richter mit der neuen Urtheilsfällung zu befassen. Dieser hat dann nicht das erste Urtheil abzuändern, sondern neu zu erkennen und kann dabei zu einem für den Beschwerdeführer härteren Resultate gelangen als der erste Richter. Insoferne für den zweiten keine Schranken mit Rücksicht auf das erste Urtheil bestehen, und dieses für den Beschwerdeführer überhaupt noch nachtheiliger sein konnte, liegt in jedem willfährigen Erkenntniß auf ein so gestaltetes Rechtsmittel an sich schon eine reformatio in pejus, denn der Zustand in welchen der Be-

Digitized by Google

schwerdeführer durch das von ihm gebrauchte Rechtsmittel versetzt wird, ist wegen der Möglichkeit eines nachtheiligeren zweiten Urtheils ein härterer, als wenn es beim ersten geblieben wäre. Wir wollen daher den Begriff weiter fassen, und unter reformatio in pejus jede Einrichtung eines Urtheiles verstehen, welche unmittelbar oder in ihren Folgen für den Beschwerdeführer eine nachtheiligere ist, als die des angefochtenen Erkenntnisses.

Für den bürgerlichen Prozeß sowie ein Strafverfahren, welches im Zusammenhange mit der privatrechtlichen Auffassung des Verbrechens sich streng in den Formen des Anklageprozesses bewegt, läßt sich eine reformatio in pejus dem Kläger resp. Ankläger wie dem Beklagten resp. Beschuldigten gegenüber denken. Der Ankläger verfolgt wie der Kläger im Civilprozesse ein Privatinteresse, das nach seiner in dieser Beziehung allein maßgebenden Ansicht durch den Richterspruch verletzt werden kann. Sind noch gar mit dem Unterliegen oder nicht gänzlichen Obsiegen gewisse Nachtheile verbunden,[29]) so tritt die Möglichkeit einer reformatio in pejus für den Ankläger noch bestimmter hervor.

Wird aber das Verbrechen als eine Verletzung der Gesammtheit erachtet, dann kann nicht die Ansicht des lediglich im Namen derselben auftretenden Anklägers, welchem nur eine anregende und gutachtliche Thätigkeit zukömmt,[30]) für die Beurtheilung einer concreten Rechtsverletzung maßgebend werden. Das endgiltig erlassene Urtheil stellt vielmehr den Willen der Gesammtheit dar[31]) und kann dieser nicht wiederum selbst zum (formalen) Nachtheil gereichen. Wenn daher der zweite Richter, welcher durch eine Beschwerde des Staatsanwaltes mit der Aburtheilung einer Sache

---

[29]) Walter Geschichte des röm. Rechts (3. Aufl. 1861) §. 854, 855 S. 526 ff.

[30]) Sundelin die Staatsanwaltschaft S. 132; Trébutien cours élém. II p. 509: „Le ministère public a l'exercice et non la disposition de l'action publique."

[31]) Planck Darstellung §. 61, 62 S. 157—62.

Digitized by Google

befaßt wird, zu einem dem Beschuldigten noch günstigeren Resultate gelangt, als der erste, so liegt doch dem anklagenden Staate gegenüber keine reformatio in pejus vor. Für diesen erscheint vielmehr jede Abänderung eines strafrechtlichen Urtheiles, wofern eine Anfechtung nicht mehr zulässig ist, als reformatio in melius. Um so mehr aber hat der Beschuldigte das einseitige Interesse, daß ein freisprechendes oder doch seine Handlung möglichst gelinde beurtheilendes Erkenntniß gefällt werde. Ihm gegenüber kann das zweite Urtheil gegen das erste eine reformatio in pejus enthalten, sei es daß dasselbe durch ein von ihm oder ein vom Staatsanwalt[32]) gebrauchtes Rechtsmittel veranlaßt wurde.

Die Frage, was als reformatio in pejus erscheine, und inwieweit sie zulässig sei, muß daher sowohl mit Rücksicht auf die Rechtsmittel des Staatsanwaltes wie die des Beschuldigten in's Auge gefaßt werden.

Um nun die Nachtheile ermessen zu können, welche ein zweites Urtheil gegen das ihm unmittelbar oder mittelbar vorausgegangene enthalten kann, haben wir die einzelnen Puncte, auf welche sich ein strafrechtliches Erkenntniß beziehen muß, in's Auge zu fassen. Dabei wollen wir von den vorbereitenden Verweisungserkenntnissen zunächst absehen, und die Frage, inwieweit sich bei diesen eine reformatio in pejus ergeben könne, erst dann besprechen, wenn von der Natur dieser letzten die Rede ist. Dieß wird am Besten im zweiten Theile der Abhandlung bei der Darstellung des besondern Rechtes geschehen, da dem Beschlusse auf die Vorunterſuchung, je nach dem Zwecke, der dadurch erreicht werden soll, in den einzelnen Gesetzgebungen ein verschiedener Charakter beigelegt ist.[33])

---

[32]) Arnold im Gerichtssaal Jahrg. 1858 (X.) S. 210 (verdeckte reformatio in pejus.)

[33]) Planck system. Darst. S. 305.

Digitized by Google

§. 2.

Fortsetzung. Inhalt des strafrechtlichen Urtheils.

Jedes strafrechtliche Endurtheil enthält, abgesehen von der Entscheidung im Kostenpuncte einen Ausspruch[34])

1) über die Thatfrage, insoferne darin bestimmte Thatsache als erwiesen oder nicht erwiesen angenommen werden;
2) über die Rechtsfrage, insoferne das behauptete Strafrecht (im subjectiven Sinne) in Anwendung der Bestimmungen des Strafrechts (im objectiven Sinne) auf Grund der Thatfrageentscheidung entweder ab- oder zuerkannt wird.

Rücksichtlich der Rechtsfrage läßt sich wieder hervorheben

a) die Subsumtion der erhobenen Thatsachen unter einen gegebenen Verbrechensbegriff des positiven Strafrechts,
b) die Anwendung der concreten Strafbestimmung, welch' letztere Thätigkeit im Falle der Freisprechung wegen mangelnden Beweises oder mangelnden Strafrechts wegfällt, bei absoluten Strafen mit der vorigen sich von selbst ergibt.

In jeder der angegebenen Beziehungen kann nun das zweite Erkenntniß für den Angeschuldigten ein härteres sein als das vorige. So kann, was die Thatfrageentscheidung betrifft, ein beschwerender Umstand, den der erste Richter nicht für gegeben erachtete, als bewiesen erachtet, ein von letzterem angenommener Entschuldigungs- oder Milderungsgrund als nicht erwiesen verworfen werden; der zweite Richter kann, was die Subsumtion unter das Gesetz anlangt, in den festgestellten Thatsachen einen schwereren oder schwerer qualificirten Reat erblicken, rücksichtlich der Strafausmessung aber bei relativ unbestimmten Strafen innerhalb des gesetzten Spiel-

---

[34]) Walther Rechtsmittel §. 28 f. Bd. 1 S. 103 ff.; Planck Darstellung §. 71.

Digitized by Google

raums zu einem höheren Maße greifen, oder eine härtere Strafgattung (statt Gefängniß Zuchthaus, statt Geld- Arrest-Strafe) wählen, oder endlich Ehrenfolgen unmittelbar oder mittelbar eintreten lassen, die sich nach dem ersten Erkenntnisse nicht ergaben. Wenn nun auch die Abänderung in jedem einzelnen Theile des Erkenntnisses *für sich betrachtet* eine reformatio in pejus begründen kann, so werden wir eine solche, wenn es sich um deren Ausschließung durch eine besondere Vorschrift handelt, doch nur dann als gegeben erachten, wenn das *Resultat* dieser dreifachen Thätigkeit des zweiten Richters ein härteres ist, als das des ersten; wenn das vom zweiten Richter verhängte *Strafübel* nach den Bestimmungen des materiellen Strafrechts als ein größeres erscheint, als das vom ersten Richter ausgesprochene. Denn für den Angeschuldigten kann es gleichgiltig sein, ob er auf Grund dieser oder jener Thatsachen verurtheilt, ob seine Uebertretung so oder so qualificirt, dem Strafausspruche diese oder jene Strafbestimmung zu Grunde gelegt wurde; er faßt nur das verhängte Strafübel in seinen unmittelbaren und mittelbaren Folgen in's Auge und beurtheilt darnach die Strenge oder Milde des Erkenntnisses. Im Resultate ist es daher keine reformatio in pejus, wenn *unter Beibehaltung des Strafmaßes* ein schwerer qualifizirter Reat, oder bei einer Verurtheilung wegen mehrerer Reate in dem einen eine schwerere, in dem anderen eine leichtere Qualification angenommen wird.[35]) Da aber mit der Verän-

---

[35]) *Schwarze* im Gerichtssaale Jahrg. 1857 (IX) Bd. 1 S. 455 ff. scheint einen für den Strafprozeß zu formalen Standpunkt einzunehmen, insoferne er zu dem Satze gelangt: „die Strafe ist es nicht allein, sondern nach Befinden auch die die Strafe begründende *Rechtsansicht*, durch welche Appellant in Wahrheit beschwert ist.“ Dabei betont er aber doch (S. 456) die Nachtheile, welche sich aus einer Qualifikationsveränderung ohne Straferhöhung ergeben können. Da auch ich in der *mittelbaren* Verhängung von Nachtheilen (Ehrenfolgen) eine reformatio in pejus erblicke, so glaube ich, daß

Digitized by Google

derung der thatsächlichen Grundlage die juristische Qualification und mit dieser die Straffrage selbst in den meisten Fällen afficirt wird, so wird bei einer strengeren Beurtheilung der ersten in der Regel eine reformatio in pejus im Resultate die Folge sein.

Nachdem nunmehr der Begriff der reformatio in pejus festgestellt ist, haben wir im Einzelnen die Gründe in's Auge zu fassen, aus welchen dieselbe als unstatthaft erscheinen kann.

B. Mögliche Gründe der Unstatthaftigkeit der reformatio in pejus.

1) Beschaffenheit des gebrauchten Rechtsmittels.

§. 3.

a) Im Allgemeinen.

Wie schon in der Einleitung hervorgehoben wurde, hat jedes, daher auch das erstrichterliche Urtheil die Präsumtion der Richtigkeit für sich[36]). Daraus ergibt sich die billige Anforderung an den, welcher durch den Gebrauch eines Rechtsmittels dieser Präsumtion entgegentritt, daß er den Grund seines Zweifels angebe und zeige, worin nach seiner Meinung gefehlt sei; daß sodann der angerufene Richter nicht die ganze Sache seiner Kognition unterwerfe, sondern nur prüfe, ob die behauptete Beschwerde begründet ist oder nicht[37]). Dieselbe kann

---

die im Texte vertretene Ansicht mit der Schwarze'schen in Einklang gebracht werden kann. Insoferne aber derselbe auch einen späteren Rückfall berücksichtigt wissen will, so kann ich ihm nicht beipflichten; siehe dagegen Goltdammer Archiv 1860 S 327 und unten §. 13.

[36]) Planck Darstellung S 504, 512 f.

[37]) Aus der Beschränkung des Oberrichters auf die Prüfung der Beschwerden folgert Planck S. 513 allgemein die Unzulässigkeit der

Digitized by Google

sich auf einen Fehler in der Urtheilsfällung (error in judicando) oder auf einen Fehler in dem derselben vorausgehenden Verfahren (error in procedendo) beziehen. Im ersten Falle handelt es sich darum, der für begründet erachteten Beschwerde durch Ausfällung eines verbesserten Urtheils abzuhelfen. Die neue Urtheilsfällung wird am Besten von dem ausgehen, welcher die Prüfung der Beschwerden vorgenommen hat, nämlich dem angerufenen Oberrichter selbst. Im zweiten Falle dagegen erscheint die fehlerhaft befundene Verhandlung als ungenügende Grundlage des ersten Urtheils, welchem Mangel nur durch eine Wiederholung der Verhandlung mit Vermeidung des Fehlers abgeholfen werden kann. Es wird daher zunächst in der Aufgabe des Oberrichters liegen, dieselbe zu beseitigen. Die verbesserte Vornahme dagegen wird, damit den Betheiligten nicht eine Instanz entzogen werde, dem Unterrichter zukommen. Im ersten Falle pflegt man das Rechtsmittel Berufung, im zweiten Nichtigkeitsbeschwerde zu nennen [35]). Keine Gesetzgebung hat jedoch die erwähnte Scheidung streng und konsequent durchgeführt [39]). Fehler in der Urtheilsfällung können mit der Nichtigkeits-Beschwerde [40]), Fehler im Verfahren mit der Berufung [41]) geltend gemacht werden; die Berufung nimmt vielfach den Charakter der Nichtigkeitsbeschwerde [42]) und umgekehrt an.

Sieht man aber hievon ab, so wird sich für die Berufung

---

reformatio in pejus; diese Folgerung trifft aber bei der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu.

[35]) Planck S. 501 — 3; Walther Rechtsmittel Bd. 1 S. 148 ff. verwirft den Ausdruck „Berufung" ganz, und nennt das Rechtsmittel wegen juristischer Fehler Nichtigkeitsbeschwerde, das wegen Irrthümer in der Thatfrageentscheidung Revision.

[39]) Planck a. a. O.

[40]) Bayer. Ges. v. 10. Novemb. 1848 Art. 230 III.

[41]) Ebend. Art. 328.

[42]) Ebend. Art. 335, 336.

Digitized by Google

die Unstatthaftigkeit einer reformatio in pejus ergeben, weil der Oberrichter nur neu zu erkennen hat, wenn er die Beschwerde für begründet erachtet, dieß aber gewiß nicht der Fall ist, wenn er findet, daß der Beschwerdeführer durch das zu prüfende Urtheil zu gelinde abgekommen ist[43]).

Im Gegentheile wird, wie schon oben bei der Begriffsbestimmung ausgeführt wurde, in der Statgebung einer Nichtigkeitsbeschwerde regelmäßig eine reformatio in pejus im weiteren Sinne des Wortes enthalten sein, da der neubefaßte Richter, für welchen ein früheres Urtheil nicht besteht, immer neu zu erkennen hat, daher zu einem härteren Urtheile als der vorige gelangen kann[44]).

Für die Berufung können wir aber wegen ihrer besonderen Gestaltung, für die Nichtigkeitsbeschwerde wegen der Theilbarkeit der Erkenntnisse zum entgegengesetzten Resultate kommen. Von ersterem muß daher sofort, von letzterem da die Rede sein, wo die Unstatthaftigkeit einer reformatio in pejus aus der Theilbarkeit der Erkenntnisse gefolgert wird.

§. 4.

b) Bei der Berufung insbesondere.

Berufung im gewöhnlichen Sinne ist das Rechtsmittel, durch welches ein Richter höherer Ordnung mit der Prüfung und Verbesserung eines untergerichtlichen Urtheils befaßt wird[45]).

Soll aber der Oberrichter eine Prüfung vornehmen, so ist es erforderlich, daß ihm dasselbe Material, welches die Grundlage des zu prüfenden Urtheils bildete, vorliege, und daß ein Maßstab existire, nach welchem er entscheiden kann, ob die Verarbeitung des Materials eine richtige ist[46]). Das erstrichterliche

[43]) Planck Darst. S. 518.

[44]) Planck a. a. O. S. 552 Note 15.

[45]) v. Bayer Vorträge über den gem. ord. Civilproz. §. 306 (8. Ausg.) S. 1009.

[46]) Walther Rechtsmittel Bd. 1 S. 101 ff.

Digitized by Google

Urtheil kann nun in dreifacher Beziehung einer Prüfung unterworfen werden; in Bezug auf die Form, in der es zu Stande gekommen, auf die Gesetze, die zur Anwendung gebracht, und rücksichtlich der Thatsachen, auf die es sich stützt. In der ersten und zweiten Beziehung wird die Prüfung an sich keine Schwierigkeiten gewähren. Denn sowohl das Verfahren, welches einem Urtheile vorausgehen soll, als die Gesetze, welche in Anwendung zu kommen haben, sind im vorneherein vorgezeichnet, und die desfallsigen Bestimmungen bilden den festen Maßstab, nach welchem der Oberrichter die Thätigkeit des Unterrichters zu beurtheilen hat; rücksichtlich des ersteren findet er ein getreues Bild im Sitzungs-Protokolle; anlangend die Gesetzesanwendung, so bildet das Urtheil mit den Entscheidungsgründen, so wie es vom Unterrichter erlassen wurde, den unveränderlichen Gegenstand der Prüfung. Dagegen bieten sich in der dritten Beziehung Schwierigkeiten. Nur bei einem schriftlichen Verfahren liegt nemlich dem Oberrichter dasselbe thatsächliche Material vor, wie dem Unterrichter; nur bei einer bestimmten Beweistheorie, nach welcher die Wahrheit oder Nichtwahrheit der behaupteten Thatsachen zu bemessen ist, existirt ein Maßstab, der ihm als Grundlage für die Prüfung der Thatfrageentscheidung dienen könnte.[47])

Bei einem mündlichen Verfahren daher, in welchem jede Beweistheorie ausgeschlossen ist, läßt sich eine Berufung im eigentlichen Sinne gegen die Thatfrageentscheidung nicht denken.[48]) Fast alle neueren Gesetzgebungen[49]) haben aber trotz der Einführung

[47]) Walther Rechtsmittel §. 30 Bd. 1 S. 114.

[48]) Auch für den gemeinen Strafprozeß wurde die Zulässigkeit der Appellation, jedoch aus anderen Gründen in Abrede gestellt. Nachweisungen über diese, für das heutige Recht völlig bedeutungslose — Martin Lehrb. des Krim.-Proz. §. 162 (5. Ausg.) S. 499 — Controverse bei Tittmann Handb. (2. Aufl.) Bd. 3 S. 636 § 905; Walther Rechtsmittel Bd. 1 S. 38.

[49]) Mit einziger Ausnahme von Braunschweig, welches keine Berufung in Strafsachen kennt; arg. Ges. v. 22. August 1849 §. 156 u. 157.

Digitized by Google

der Mündlichkeit und des Ausschlusses jeder Beweistheorie nach dem Vorgange des französischen Rechtes.[50]) auch rücksichtlich der letzteren eine Anfechtung zugelassen und eine abermalige Beurtheilung der Sache durch Gerichte höherer Ordnung angeordnet.[51]) Diesen kömmt dann nicht blos eine Prüfung der untergerichtlichen Thätigkeit zu, sie haben vielmehr den gegebenen — nach Umständen geänderten — Stoff neu und selbstständig zu beurtheilen, und können gemäß ihrer Ueberzeugung zu demselben oder einem anderen Resultate als der vorige Richter gelangen.[52]) Hat aber der Oberrichter nicht blos die erhobene Be-

---

[50]) Code d'instruct. crimin. Art. 199.

[51]) Vergl. hierüber Planck S. 562 ff.

[52]) Die Gestattung der Berufung gegen die Thatfrageentscheidung mag dem konstruirenden Juristen viele Schwierigkeiten bieten; der Praktiker wird sie einer ausgedehnten Gewährung von Wiederaufnahms-Gesuchen vorziehen. Vergl. über diese vielbestrittene Frage Walther Rechtsmittel S. 254 ff., Lehrbuch des bayer. St.-P.-R. S. 409 (Note **); Schwarze im Ger.-Saal 1855 Bd. 1 S. 3 u. S. 81 ff., 1857 Bd. 1 S. 405; Planck S. 563; Stemann preuß. St.-P. S. 211; Archiv für die Praxis des Oldenburger Rechts Bd. 7 St. 21 S. 321, u. St. 22 S. 337. Dagegen aber Mittermaier Gesetzgebung S. 622 ff., welchem ich insbesondere darin zustimme, daß er nur dem Verurtheilten, nicht dem Staatsanwalte die Berufung geben will; vgl. auch dessen Aufsatz im Ger.-Saal 1857 Bd. 2 S. 3 ff; dazu die vortreffliche Ausführung bei Hélie, traité de l'instruction criminelle 8. vol. Paris 1858 p. 8—13, welcher nur unter der Voraussetzung, daß die Korrektional-Gerichtsbarkeit auf die geringfügigen Uebertretungen — qui ... sont plutôt des actes dangereux que des actes intrinsequent criminels — beschränkt wird, die Beseitigung der zweiten Instanz für realisirbar erklärt; dagegen S. 10 bemerkt: „Quelle que soit la force des raisons invoquées contre l'appell, il est certain que, si la jurisdiction criminelle doit conserver ses attributions actuelles, elle doit conserver en même temps cette voie

schwerde, sondern die ganze Sache seiner Würdigung zu unterziehen, dann fällt einerseits für den Beschwerdeführer das Erforderniß der Angabe von Beschwerdepunkten hinweg, anderseits besteht für den angerufenen Richter keine Schranke mehr bezüglich der Urtheilsfällung; er kann je nach seiner Ueberzeugung bestätigen, der Berufung (ganz oder theilweise) stattgebend, zu Gunsten des Beschwerdeführers erkennen, aber auch zu einem demselben nachtheiligeren Resultate gelangen. Bei einer gegen die Thatfrageentscheidung gerichteten Berufung läßt sich daher die Unzulässigkeit der reformatio in pejus aus der Natur des Rechtsmittels nicht folgern.[53])

Hat man aber einmal der Berufung in bestimmten Fällen nothwendig den Charakter eines die Beurtheilung des ganzen strafrechtlichen Verhältnisses in all' seinen thatsächlichen und rechtlichen Beziehungen an den Oberrichter devolvirenden Rechtsmittels gegeben, dann wird man sich um der Einheitlichkeit des Institutes willen leicht veranlaßt sehen, derselben diesen umfassenden Devolutiveffekt in allen Fällen beizulegen; obschon sich nicht läugnen läßt, daß dann, wenn nur die Rechtsfrageentscheidung angegriffen werden wollte, der Standpunkt der bloßen Prüfung der erhobenen Beschwerde festgehalten werden kann, und von den meisten Gesetzgebungen auch festgehalten worden ist.[54])

---

de recours; car c'est la plus puissante des garanties que notre code lui ait assurées en la constituant."

[53]) Merckel im Ger.-Saal 1853 Bd. 1 S. 460. Die Gründe, welche er für eine dennoch behauptete Unzulässigkeit der ref. in pej. anführt, sind mehr legislatorischer als dogmatischer Natur. Siehe unten Note 75.

[54]) Vergl. über die Gestaltung der Berufung in den neueren Gesetzgebungen Planck S. 565 — 68; sodann Art. 403 — 415, insbes. 410 der Oldenburgischen Strafpr.-Ordn. v. 7. Nov. 1857, welche sich an das von Planck a. a. O. S. 566 sub c, und die

Digitized by Google

2) Theilbarkeit der Erkenntnisse und Rechtskraft der nicht angefochtenen Theile.

§. 5.

Es ist erwähnt worden, daß jedes strafrechtliche Endurtheil außer der Entscheidung im Kostenpunkte einen Ausspruch über die That- und Rechtsfrage und in der letzteren Beziehung über die Qualification und die Strafverhängung enthalte.

Es können aber auch mehrere strafrechtliche Verhältnisse eines oder mehrerer Angeschuldigten den Gegenstand Eines Strafurtheiles bilden.[55]) In jeder der angeführten Beziehungen kann sich ein dadurch Betroffener für beschwert erachten, in den übrigen Punkten dagegen mit dem Erkenntnisse zufrieden sein und sich dabei beruhigen wollen. Wenn nun die Rechtskraft der Erkenntnisse durch Ergreifung eines Rechtsmittels einstweilen ausgeschlossen wird, das Rechtsmittel aber nur gegen einen Theil desselben gerichtet ist, so werden, wofern eine Theilung überhaupt möglich, — die übrigen nicht berührten Theile rechtskräftig. Bezüglich dieser wird die Thätigkeit des Oberrichters nicht angerufen, er kann daher, wenn er auch finden würde, daß der Beschwerdeführer in denselben strenger hätte beurtheilt werden sollen, keine nachtheiligere Entscheidung erlassen. Bezüglich der angefochtenen Theile wird es von der Natur des Rechtsmittels oder positiver Bestimmung abhängen, ob der zweite Richter zu einem härteren Urtheile gelangen könne.

---

§ 213 — 220 insbes. §. 217 der hannöver. St.-P.-O. v. 5. April 1859, die sich an das, S. 567 sub d charakterisirte System anschließen. Vergl. auch noch Sundelin die Staatsanwaltschaft S. 129.

[55]) Vergl. bezüglich der etwaigen Nebenpunkte eines strafrechtl. Urtheils Walther Lehrbuch S. 387.

Digitized by Google

Was nun die Möglichkeit der Theilung eines strafrechtlichen Erkenntnisses anlangt, so folgt dieselbe rücksichtlich der Entscheidung über mehrere strafrechtliche Verhältnisse aus der Natur der Sache und bedarf, wenn das Urtheil sich auf mehrere Angeschuldigte bezieht, keiner weiteren Erörterung. Sind mehrere Reate Eines Angeschuldigten Gegenstand eines Urtheils gewesen, so läßt sich rücksichtlich der Thatfrageentscheidung und der Qualifikation immer eine Trennung denken; was dagegen den Strafausspruch anlangt, so muß unterschieden werden, ob theilweise freigesprochen, theilweise verurtheilt, oder wegen aller Reate verurtheilt wurde. Im ersten Falle ergibt sich die Theilbarkeit des Erkenntnisses wieder von selbst. Im zweiten aber kömmt es darauf an, ob die Strafe für jeden einzelnen gesondert festgesetzt, oder eine Gesammtstrafe ausgesprochen wurde. Im ersten Falle steht wieder der Theilung und theilweiser Anfechtung nichts im Wege. Für den zweiten aber tritt uns die Lehre von der Konkurrenz und dabei die vielfach erörterte Frage entgegen, ob beim Zusammentreffen mehrerer strafbaren und noch nicht bestraften Handlungen Eines Angeschuldigten die sämmtlichen Strafen zusammengerechnet, oder nur die schwerste — nach Umständen mit einer Schärfung — angewendet werden solle (Kumulations- — Absorptionstheorie). Der Gesetzgeber mag nun in den einen Fällen jene, in den andern diese Anschauung als die richtigere erachten, hat er einmal den Ausspruch einer Gesammtstrafe angeordnet, so erscheint diese als das einheitliche Strafübel, welches er zur Sühne der mehreren strafbaren Handlungen für erforderlich erachtet, das Erkenntniß ist rücksichtlich des Strafausspruches ein einheitliches und untheilbares, und läßt sich daher in dieser Beziehung nicht theilweise anfechten.[56])

[56]) Vergl. Feuerbach Lehrbuch des St.-R. (14 Ausg.) S. 212; Heffter Lehrbuch §. 166; Trébutien cours élément. tom. I. p. 318; Motive zum Entwurfe eines Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königr. Bayern (1854) S. 278 ff.; Wal-

Digitized by Google

§. 6.

Theilbarkeit strafrechtlicher Urtheile in die That- und Rechtsfrage-Entscheidung.

Die Möglichkeit der Theilung in die Entscheidung der That- und die der Rechtsfrage ergibt sich für alle Arten strafrechtlicher Urtheile aus der Beschaffenheit des in §. 2 besprochenen Gegenstandes derselben, welcher sogar eine Betheiligung verschiedener Organe an dem Geschäfte der Urtheilsfällung möglich macht.

Die meisten deutschen Gesetzgebungen haben nach dem Vorgange des französischen Rechts die Aburtheilung der schwereren Gesetzesübertretungen den Geschwornengerichten zugewiesen und damit die Theilbarkeit strafrechtlicher Urtheile in der erwähnten Beziehung anerkannt. Den Geschwornen liegt die Entscheidung der That- den rechtsgelehrten Richtern die der Rechtsfrage ob und zerfällt darnach das Verfahren in zwei äußerlich unterschiedene Theile, von welchen der erste mit der Abgabe des Wahrspruches, der zweite mit der Verkündung des Endurtheils beschlossen wird.

An sich nun ließe sich die selbstständige Anfechtung des ersten wie des zweiten sowohl von Seiten des Beschuldigten wie des Staatsanwaltes denken. Allein der Begriff des Volksgerichtes, wonach in dem Wahrspruche der Geschwornen der Ausspruch des ganzen Volkes erblickt und kein zweites Organ gedacht werden kann, welches die Meinung der Gesammtheit besser oder reiner vermitteln könnte, steht der unmittelbaren Anfechtung der Thatfrageentscheidung im Wege. [57]) Nur insoferne diejenigen Formen,

---

ther Lehrbuch S. 442, 508; Berner Lehrb. des deutsch. Strafrechts (1857) §. 141 S. 217; siehe aber Planck S. 632; Gerichtssaal 1861 S. 43.

[57]) Vergl. Walther Rechtsmittel, §. 36, Bd. 1 S. 139, welcher jedoch die Unanfechtbarkeit der Thatfrageentscheidung bei unveränderter Aktenlage überhaupt behauptet; Planck S. 503; Mittermaier Gesetzgeb. §. 43, S. 643.

Digitized by Google

deren Einhaltung absolut oder im Interesse der Betheiligten geboten sind, in dem stattgehabten Verfahren nicht gewahrt wurden, kann der sich hiedurch beschwert Fühlende verlangen, daß die mangelhafte Verhandlung als nicht zu Recht bestehend erklärt und vernichtet werde, worauf dann nochmals unter Wahrung der vorgeschriebenen Formen verhandelt und geurtheilt werden muß.

An der Einhaltung dieser Formen hat nun der Staat im Allgemeinen so gut ein Interesse, wie der Beschuldigte und kann durch deren Verletzung beeinträchtigt werden. Allein die Erwägung, daß die meisten Formvorschriften im Interesse des Beschuldigten gegeben sind, und etwaige Verstöße dagegen durch das Stillschweigen desselben geheilt werden, vor Allem aber die Rücksicht, den sich beim Wahrspruche beruhigenden Beschuldigten nicht gegen seinen Willen den Eventualitäten einer neuen Verhandlung auszusetzen [58]), hat vielfach zur Ausschließung einer gegen das Verfahren vor Abgabe des Wahrspruches gerichteten Beschwerde des Staatsanwaltes (welcher ohnedem berufen ist, einem gesetzwidrigen Verfahren mit allen Kräften entgegenzutreten) geführt. [59])

---

[58]) Motive zum bayer. Ges.-Entw., die Rechtsmittel gegen die vom Assisenhofe erlassenen Urtheile betreff., in den Verh. des Gesetzgeb.-Ausch. d K. d. Abg Beil.-Bd. 1 S. 375.

[59]) Unbedingt ist die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Formfehler für den Staatsanwalt ausgeschlossen in

Hessen-Darmstadt, Art. 270 B;

Nassau, Art. 257 B;

Baden, §. 115 II.

Nur im Falle des Schuldig der Geschwornen hat der Staatsanwalt wegen Formfehler nach Abgabe des Wahrspruches die Nichtigkeitsbeschwerde in

Bayern, Art. 280, Abs. 2 (Walther Lehrb. §. 112 S. 417—8, vergl. unten §. 19);

Württemberg, Art. 198 II.

Wegen Formfehler vor Abgabe des Wahrspruches, jedoch nur im

Wird aber eine gegen das ganze Verfahren gerichtete Beschwerde für begründet erachtet, dann muß dasselbe auch ganz vernichtet und hierauf neu verhandelt werden. Das Resultat der zweiten Verhandlung kann dem Beschwerdeführer günstiger aber auch nachtheiliger ausfallen, als das der ersten.

Nach Abgabe des Wahrspruches haben die Richter auf die durch die Geschwornen festgestellten Thatsachen das Gesetz in Anwendung zu bringen.

Hiebei läßt sich wieder ein Fehler im Verfahren und ein Fehler in der Urtheilsfällung denken. Das Rechtsmittel, welches zur Abhilfe der hiedurch hervorgerufenen Beschwerden eingeräumt werden kann, ist je nach der Beschaffenheit des Fehlers ein verschiedenes.

Falle der Verurtheilung gestattet eine Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes:

Code d'instruction crim. Art. 408.

Wegen Formfehler im ersten Verfahren jedoch nicht wegen Verletzung von Formvorschriften, die nur im Interesse des Angeschuldigten gegeben sind, gewähren dem Staatsanwalte eine Nichtigkeitsbeschwerde:

Preußen, §. 183 (vergl. Stemann a. a. O. §. 47, S. 234);

Hannover, §. 221;

Thüringen, Art. 261;

Oldenburg, Art. 417.

In derselben Weise wie der Beschuldigte hat der Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Formfehler in

Zürich, §. 164;

Kurhessen, §. 335 (woselbst die Beschwerde eigenthümlicher Weise Berufung (!) heißt).

Nur wegen Formfehler (nicht auch wegen unrichtiger Gesetzesanwendung) hat der Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde in

Braunschweig, Art. 158.

Vergl. auch noch Walther Rechtsmittel, Bd. 2, S. 91; Mittermaier Gesetzgebung, §. 44, S. 661 ff.; Bland, S. 529

Digitized by Google

Wurde ein Formfehler begangen, so ist Grund zu einer Nichtigkeitsbeschwerde gegeben; liegt dagegen ein Fehler in der Gesetzesanwendung vor, dann wäre die Berufung im eigentlichen Sinne des Wortes das geeignete Rechtsmittel, um zu einer richtigen Urtheilsfällung durch den Oberrichter zu führen. Allein der Einfachheit wegen haben die Gesetzgebungen nur Ein Rechtsmittel, die Nichtigkeitsbeschwerde, gewährt. Dieselbe ist in vielen Ländern so gestaltet, daß der Oberrichter im Falle unrichtiger Gesetzesanwendung, in einigen sogar, wenn Formfehler nach Abgabe des Wahrspruches vorgekommen sind, [60]) immer [61]), oder nach seinem Ermessen [62]) selbst in der Hauptsache zu erkennen hat; in andern dagegen ist im Einklang mit dem französischen Rechte [63]) der Charakter der Nichtigkeitsbeschwerde festgehalten, daher dem Oberrichter — den Fall der Vernichtung wegen mangelnden Strafrechtes abgesehen [63a]) — nur die Aufhebung der fehlerhaften Verhandlung oder Entscheidung eingeräumt, die neue Urtheilsfällung dagegen dem Unterrichter zugewiesen. [64])

Hat die Nichtigkeitsbeschwerde den Charakter der Berufung

---

[60]) Baden, §. 117; Kurhessen, §. 380, 381.

[61]) Die in Note 60 zitirten und Zürich, §. 169; Braunschweig, §. 168, 3 zu b; in Württemberg — Art. 219 und 220 — Nassau — §. 265 und 266 —, und Hessen-Darmstadt muß der oberste Gerichtshof, wenn Freisprechung einzutreten hat, oder das Gesetz zum Nachtheil des Beschuldigten unrichtig angewendet wurde, selbst erkennen, in anderen Fällen kann er zurückverweisen.

[62]) Wenn es noch auf thatsächliche Ermittlungen ankömmt: Preußen, §. 191, Abs. 2; Hannover, §. 225, Abs. 3 u. 4; Oldenburg, Art. 428.

[63]) Code d'insruction crim., Art. 429.

[63a]) Selbst in diesem Falle läßt es der Code (Art. 429) und mit ihm das bayer. Recht, Art. 249 Nr. 1 (siehe unten §. 21), bei einer einfachen Vernichtung bewenden. (Vergl. aber bezüglich der korrektionalgerichtl. Fälle Höchster, Lehrb d. franz. St. P. §. 336 Nr. 3 und Trébutien cours élém. tom. 1. p. 571).

[64]) Thüringen, §. 313; Altenburg, Art. 268.

Digitized by Google

(Note 61 u. 62), dann wird eine reformatio in pejus schon aus diesem Grunde nicht möglich sein, führt sie aber zu einer Verweisung an den vorigen Richter, dann wird dieser, wenn nicht positive Gesetzesvorschrift im Wege steht, zu einem härteren Resultate für den Beschuldigten gelangen können.

Die Beschwerde mag aber wie immer geeigenschaftet sein, sie ergreift nur den zweiten Theil des schwurgerichtlichen Erkenntnisses; der erste — unangefochtene wird rechtskräftig und ist bezüglich seiner eine reform. in pejus nicht gedenkbar.

§. 7.

Fortsetzung. Theilbarkeit korrektionalgerichtlicher Urtheile.

Die Theilbarkeit der That- und Rechtsfrageentscheidung gilt auch bei den korrektionalgerichtlichen Strafurtheilen.[65]) Der Gegenstand derselben ist der nämliche, wie der der schwurgerichtlichen; ein Unterschied ergibt sich nur in Bezug auf die Organe, von denen die Urtheilsfällung bethätigt wird, indem in den korrektionalgerichtlichen Fällen rechtsgelehrte Richter sowohl über die That- als die Rechtsfrage urtheilen. Dieselben können die Entscheidung über diese zwei Punkte in einem oder verschiedenen Urtheilen abgeben. So bestimmt der §. 92 des braunschweigischen Strafprozeßgesetzes vom 22. August 1849:

> „Das Gericht erkennt nach geheimer Berathung. Es entscheidet nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung gesondert und zunächst darüber, ob der Angeklagte schuldig sei und ist berechtigt, den Thatbestand des in Frage stehenden Vergehens in dessen einzelne Bestandtheile aufzulösen und über die hiernach gebildete Reihe von Einzelfragen specielle Wahrsprüche abzugeben. Das Urtheil hierüber kann nur ein einstimmiges sein. (Gerade wie der Wahrspruch der Geschwornen §. 142 Abs. 3.) Thatsachen,

[65]) Merckel im Ger.-Saal 1853. Bd. 1, S. 492.

Digitized by Google

über deren Beweis die Richter sich nicht einigen können, gelten nicht für bewiesen. Sodann erfolgt, nachdem der Staatsanwalt, sowie der Angeklagte und dessen Vertheidiger auf besonderen Antrag mit ihren etwaigen Bemerkungen über den Rechtspunkt nochmals gehört sind, die Entscheidung über die Rechtsfrage und die Strafe ꝛc.“

Wenn aber auch, wie es in den andern neuern Gesetzgebungen der Fall ist, über die That- und Rechtsfrage zusammen geurtheilt wird, so sind es im Wesen doch zwei Entscheidungen. Daher kann nur dasjenige Strafurtheil als seinem Gegenstande entsprechend erachtet werden, in welchem wenigstens in den Entscheidungsgründen die gesonderte Behandlung der That- und Rechtsfrage hervortritt. Das korrektionalgerichtliche Erkenntniß sollte sich von dem schwurgerichtlichen nur dadurch unterscheiden, daß an die Stelle des Wahrspruches der Geschwornen das Schuldig oder Nichtschuldig der rechtsgelehrten Richter gesetzt, und Entscheidungsgründe zur Mittheilung der Entstehungsgeschichte der richterlichen Ueberzeugung an den Verurtheilten und die Oeffentlichkeit gegeben würden.

Bei korrektionalgerichtlichen Erkenntnissen ist, wie wir oben §. 4 gesehen haben, fast durchgängig eine unmittelbare Anfechtung der Thatfrageentscheidung mittels der Berufung zugelassen. Wenn diese in einer bestimmten Gesetzgebung nicht so gestaltet ist, daß sie immer das Urtheil über das ganze strafrechtliche Verhältniß ergreift, so wird auch hier eine gesonderte Anfechtung der Rechtsfrageentscheidung, ja selbst des Strafausspruches als zulässig erachtet werden müssen, in welchem Falle dann der Oberrichter rücksichtlich der Thatfrageentscheidung resp. der juristischen Qualifikation eine Aenderung weder zum Nachtheil noch zu Gunsten des Beschwerdeführers vornehmen darf.

Wo dagegen die Berufung mit einem unbeschränkten Devolutiveffekt bekleidet ist, kann einer Abänderung zum Nachtheile des Beschwerdeführers nur durch eine positive Bestimmung vorgebeugt werden.

Digitized by Google

3) Besonderes Verbot.

§. 8.

Aus der bisherigen Darstellung mag ersehen werden, daß in vielen Fällen der durch ein Rechtsmittel des Beschuldigten mit der Beurtheilung eines strafrechtlichen Verhältnisses befaßte Richter zu einem für denselben noch härteren Resultate gelangen kann, als der erste.

Im gemeinen Strafprozeß war die Lehre von der reformatio in pejus zunächst in Bezug auf die Berufung und das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung[66]) ziemlich bestritten.[67]) In der früheren Zeit erscheint die Ansicht, welche

---

[66]) Vergl. über das Wesen derselben Martin, Lehrbuch des Kriminalproz., §. 163 (5. Ausg. v. Temme) S. 502 ff.

[67]) Kleinschrod im alten Archiv (1800), Bd. 2, Stück 3 Nr. II. §. 7 S. 33; Weber, de appell. in caus. crim. (1803) §. 49, S. 63; Hurlebusch, Beiträge zur Zivil- und Kriminalgesetzgeb. und Jurisprud. (1817), Beitrag 20, S. 168; Martin, Lehrbuch (8. Ausg. 1831), §. 155 S. 405; Bauer, Lehrbuch (1835), §. 204 S. 345; Müller, Lehrbuch (1837) S. 518; Henke, Handbuch (1838), Bd. 4, S. 766; Jordan im Rechtslexikon, Bd. 1. S. 413; vergl. auch Zachariä, Grundlinien, S. 294; dagegen Leyser, medit. ad pand. (1780) spec. 639 med. 7, Bd. 10, S. 216, welcher die Zulässigkeit der ref. in pej. für das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung läugnet, aber insbesondere von Kleinschrod a. a. O. bekämpft wird; Schrader, de remed. contra sent. et de re judic. in caus. crim. (1803) S. 81, welcher dieselbe von der Adhäsion des Gegners abhängig macht; Stübel, das Criminalverfahren (1811), §. 3292, Bd. 5 S. 279; und unter den Neuern Mittermaier, deutsches Strafverfahren, §. 203, Bd. 2, S. 623 (4. Ausg.); Hefftter, Lehrbuch (1854), §. 689, S. 553 (5. Aufl.); Walther, Rechtsmittel, Bd. 2 S. 114; Schwarze im Gerichts-Saal 1857, Bd. 1, S. 450.

Digitized by Google

dieſelbe mit Bezugnahme auf das Römiſche Recht und insbeſondere die L. 39. Cod. de appell. (7, 62)[68]) für zuläſſig erklärte, entſchieden als die vorherrſchende.[69]) Man meinte dabei die Zuläſſigkeit einer Abänderung zum Nachtheile des beſchwerdeführenden Angeſchuldigten folge, abgeſehen von den poſitiven Beſtimmungen des römiſchen Rechts, aus der Unſtatthaftigkeit der Rechtskraft der Straferkenntniſſe und der Einſeitigkeit des Inquiſitionsprozeſſes,[70]) war aber dann nicht konſequent, wenn man die von einem Komplicen eingelegte Berufung nicht bezüglich der andern wirken ließ.[71]) Das Schwanken der Autoren machte

---

[68]) Vergl. aber über die Bedeutung dieſer Stelle, insbeſondere das partes implere Sartorius, Beiträge zur Geſchichte und Theorie der ref. in pej. im zivil. Arch., Bd. 31, S. 87 ff. und 313 ff.; v. Bayer, Vorträge, S. 1066. — Wenn Geib, römiſch. Kriminalproz. S. 690 (auf den ſich auch Walther, Rechtsmittel Bd. 1, S. 5 beruft) anführt, das oberrichterliche Urtheil habe das erſtrichterliche ebenſowohl zu Gunſten als zum Nachtheil des Beſchuldigten abändern können und als Beleg hiefür eine Stelle aus Ammianus Marcellinus, quae supersunt XXVIII. 1, 26 anführt, ſo kann ich ihm hierin nicht Recht geben, denn in dieſer Stelle iſt nicht von zwei Urtheilen die Rede, von denen eines im Vergleich zum andern als das härtere erſcheinen könnte, ſondern der Beſchuldigte, rückſichtlich deſſen man erwartete (ut sperabatur), daß er von ſeinem ordentlichen Richter mit der Verbannung belegt werde, ging den Kaiſer unmittelbar um Entſcheidung an — Geib a. a. O., S. 430 — kam aber dabei, wie Marzellinus ſich ausdrückt, vom Regen in die Traufe (de fumo in ignem), indem er von dieſem zum Tode verurtheilt wurde. Da ſonach nur Ein Erkenntniß erlaſſen wurde, kann von einer reformatio in pejus keine Rede ſein

[69]) Siehe Note 67.

[70]) Müller a. a. O., S. 518; Martin a. a. O. (5. Aufl.) S. 497.

[71]) Dieß thut Tittmann, Hdb. Bd. 3, S. 68; Bauer a. a. O. S. 345.

Digitized by Google

sich auch in den einzelnen Strafprozeßordnungen vor 1848 geltend.[72])

Als man jedoch wieder anfing, die Stellung des Angeschuldigten richtig zu erfassen, mußte die Erinnerung an den Satz der L. 25. de legibus:

„Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem"

das Bedürfniß nach einer Vorschrift hervortreten lassen, welche den offenbar unbefriedigenden Erfolg eines Rechtsmittels,[73]) daß das angefochtene Urtheil im entgegengesetzten Sinne des Milderung hoffenden Verurtheilten abgeändert wird, beseitigte.[74]) Fast in allen neueren Gesetzgebungen finden wir daher eine Bestimmung, welche dem Oberrichter im Falle einseitiger Berufung des Angeschuldigten insoferne eine Schranke setzt, als er nicht zum Nachtheile desselben abändern darf.[75])

---

[72]) Vergl. hierüber die Nachweisungen bei Müller a. a. O. S. 518, Note 7, und Mittermaier, deutsch. Strafverf., Bd. 2 S. 623, Note 23.

[73]) Scheurl, Erläuterungen zu der neuen St.-P.-O., S. 140, der jedoch für das bayerische Recht zu weit geht, indem er auch die Nichtigkeitsbeschwerde hereinzieht.

[74]) Arnold im Ger.-Saal 1858 Bd. 10 S. 206.

[75]) Vgl. über das französ. Recht unten §. 10, sodann Merckel im G.-S. Jahrg. 5 Bd. 1 S. 468 ff. Derselbe erkennt die umfassende Devolutivkraft der Berufung im französischen Rechte an, findet aber im Widerspruche damit (S. 461) die Aufgabe des Appellgerichts darin, „zu untersuchen und zu prüfen (?), ob die Beschwerde, welche gegen jenes (das erstrichterl.) Urtheil erhoben wird, gegründet sei oder nicht"; vergl. dagegen oben §. 4 und unten §. 10. Vergl. sodann Oesterreich §. 209; Preußen hat keine besondere Bestimmung, vergl. aber Stemann a. a. O. S. 229 f.; in Württemberg gilt für geringere Reate noch die alte St.-P.-O. vom 22. Juni

Digitized by Google

Durch eine solche Vorschrift wird, wie wir unten bei der Darstellung der einzelnen Rechtsmittel in der speziellen Gesetzgebung näher sehen werden, [76]) das Verhältniß zwischen Rechtskraft und Unzulässigkeit der reformatio in pejus gerade umgekehrt. Die letztere ist nicht mehr Folge, sondern Grund der ersteren. Es läßt sich alsdann von einer ideellen Theilbarkeit der strafrechtlichen Erkenntnisse reden, wornach dieselben in die dem Angeschuldigten günstige und die ihm nachtheilige Entscheidung zerfallen.

Wo sich eine solche Vorschrift findet, ist immer zu untersuchen, ob sie nur eine Aussprache der aus der Natur der Sache — Natur des Rechtsmittels, theilweiser Rechtskraft — folgenden Sätze ist, oder gegen die Natur des konkreten Rechtsmittels aus der in L. 25 cit. ausgesprochenen Erwägung erlassen wurde.

Während wir im ersten Falle nicht blos zu einer umfassenden extensiven Interpretation, sondern auch zu analoger Anwen-

---

1843, daher nach Art. 395 die ref. in pej. zulässig; Königreich Sachsen Art. 347 (vergl. Art. 351 Abs. 2, jedoch Art. 246 Abs. 2); Thüringen Art. 329; Altenburg Art. 284; Hessen-Kassel §. 381; Hannover hat keine besondere Bestimmung, siehe aber Art. 217 Abs. 1 u. Abs. 8; Oldenburg Art. 413; Zürich arg. §. 160 und 162

In vielen Ländern ist dem Staatsanwalte verstattet, innerhalb einer gewissen Frist vom Urtheil oder der Berufungsanmeldung des Beschuldigten an, oder selbst bis zum Schlusse der Verhandlung in secunda unbeschränkt oder in den angefochtenen Punkten zu adhäriren, woraus sich dann die Möglichkeit einer ref. in pej. für den Beschuldigten ergibt. Vergl. hierüber Planck S. 520. Das bayerische Recht kennt so wenig wie das französische — vergl. hierüber Trébutien tom. II p. 511 — irgend eine Art von Adhäsion oder Inzidentappellation.

[76]) Vergl. §. 10 und §. 31.

Digitized by Google

dung berechtigt sind, werden wir uns im zweiten auf die erstere beschränken müssen.

Ob das Bedürfniß nach einer allgemeinen, die reformatio in pejus auch bei der Nichtigkeitsbeschwerde ausschließenden Vorschrift anzuerkennen ist, wird besser am Schlusse der Abhandlung besprochen werden, wenn die Bedeutung dieses Rechtsmittels im neuern Strafprozeß bei einer konkreten Gesetzgebung dargestellt ist.

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

Darstellung des bayerischen Rechts.

1. Reformatio in pejus bei Rechtsmitteln gegen Endurtheile.

A. Bei der Berufung.

§. 9.

Gegenstand derselben.

Die Berufung ist im bayerischen Strafprozesse dasjenige Rechtsmittel, durch welches alle Beschwerden gegen bezirksgerichtliche Urtheile (erster Instanz, welche im ordentlichen Verfahren erlassen werden,) geltend zu machen sind.[77])

Die aus der Beschaffenheit des Gegenstandes folgende Theilbarkeit der That- und Rechtsfrageentscheidung gilt auch nach bayerischem Rechte bei bezirksgerichtlichen Urtheilen so gut, wie bei schwurgerichtlichen. Die Bestimmungen, welche die Urtheilsfällung in bezirksgerichtlichen Fällen betreffen, unterscheiden genau zwischen der Abstimmung über die That- und der über die Rechtsfrage. Der Art. 323 ordnet an, daß zuerst über die Frage abgestimmt werde, ob der Beschuldigte der That, wegen welcher

[77]) Strafprozeßgesetz vom 10. Novbr. 1848 Art. 328.

Digitized by Google

er vor Gericht gestellt wurde, für schuldig zu achten sei und weist hiebei die Richter auf die für Geschworne gegebenen Normen hin. Der Art. 324 gibt sodann die Bestimmungen für den Fall, daß der Beschuldigte aus irgend einem Grunde für nicht schuldig, der Art. 325, wenn derselbe für schuldig erachtet wurde. Daß der Gesetzgeber eine prinzipielle Trennung der Schuld- und Rechtsfrage vor Augen hatte, geht ferner aus der Bestimmung des Art. 325 Abs. 2 und 3 hervor, wonach die rücksichtlich des Schuldausspruches überstimmten Richter sich bei der Abstimmung über den Rechtspunkt gar nicht zu betheiligen brauchen; sowie aus der des Art. 326, welcher Entscheidungsgründe bezüglich der That- und bezüglich der Rechtsfrage verlangt. Was oben §. 6 von der Theilbarkeit strafrechtlicher Urtheile überhaupt gesagt wurde, ist durchgehends hieher zu beziehen.[74])

Praktische Bedeutung erhält dieselbe insbesondere in den Fällen, in welchen ein wegen eines früheren Reates rechtskräftig Verurtheilter, der seine Strafe noch nicht, oder nicht ganz erstanden hat, wegen eines nach der Urtheilsfällung begangenen oder entdeckten Reates neuerdings zur Verhandlung und Aburtheilung gelangt. Hier wird unter Festhaltung an der früheren Thatfrageentscheidung über die Rechtsfrage bezüglich aller Reate neu erkannt. Dabei kann es vorkommen, daß ein wegen mehrerer Vergehen Verurtheilter, obschon nur noch ein Vergehen hinzugekommen ist, wegen der besonderen Bestimmungen über Gewohnheitsübertretungen zu einer Verbrechensstrafe verurtheilt[75]), oder daß wegen der durch den Zusammenfluß begründeten schwereren

---

[74]) Daher kann auch dem in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse — Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege im Königr. Bayern Bd. 6 S. 192 — ausgesprochenen Satze, es sei in der Berufungs-Instanz gerade so wie bei der Aburtheilung durch das Untergericht die That- und Rechtsfrage untrennbar vereint, nicht beigepflichtet werden. Siehe unten §. 25.

[75]) St.-G.-B. v. 1813 Thl. 1 Art. 266.

Digitized by Google

Strafe an das Schwurgericht verwiesen wird[50]), ohne daß in dem einen oder anderen Falle die Thatfrage bezüglich des oder der früheren Reate noch einmal zur Verhandlung und Entscheidung käme.[51])

Wenn aber auch dem Gesagten zufolge die bezirksgerichtlichen Urtheile an sich rücksichtlich der That- und Rechtsfrageentscheidung theilbar sind, und sich daher für den Fall einer auf die letztere beschränkten Anfechtung die Rechtskraft der ersteren, sowie die Unstatthaftigkeit einer reformatio in pejus in derselben ergeben würde, so kann doch dieser Theilbarkeit wegen der Natur des gewährten Rechtsmittels keine Wirkung beigemessen werden.

§. 10.

Charakter der Berufung im bayerischen Rechte.

Der bayerische Strafprozeß kennt bei den erstinstanziellen[52]) Strafurtheilen der Bezirksgerichte eine Anfechtung der Thatfrageentscheidung, hat das Rechtsmittel der Berufung sowohl dem Staatsanwalte als dem Beschuldigten eingeräumt, und derselben in allen Fällen, — ein Betheiligter mag sich durch die Entscheidung der Thatfrage, die Qualifikation, oder den Strafausspruch für beschwert erachten, den Charakter eines die Beurtheilung des ganzen strafrechtlichen Verhältnisses

---

[50]) Gesetz vom 10. Januar 1856 Art. 1.

[51]) Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, herausgegeben von J. A. Seuffert Bd. 18, Ergänzungsblatt S. 1, S. 17 ff., siehe insbesondere S. 21; Sitzungsberichte Bd. 5 S. 167; Zeitschrift Bd. 2 S. 204, Bd 3 S. 221.

[52]) Ueber manche Uebertretungen urtheilen sie als zweite Instanz; vgl. hierüber Walther Lehrb. S. 108. Für diese Fälle gilt dann all' das, was über die Berufung gegen bezirksgerichtliche Urtheile gesagt ist.

Digitized by Google

in allen seinen thatsächlichen und rechtlichen Beziehungen an den Oberrichter devolvirenden Rechtsmittels beigelegt.[53])

Diese Ansicht über den Charakter der Berufung ist in Theorie und Praxis lebhaft bestritten[54]) und es läßt sich nicht verkennen, daß die Gründe, welche aus der Natur der Sache für die gegentheilige Meinung angeführt werden, von erheblicher Bedeutung sind. Allein mir scheint eine Betrachtung des französischen Rechtes, als nächster Quelle des Gesetzes vom 10. November 1848[55]), insbesondere aber eine unbefangene Würdigung der Entstehungsgeschichte und der desfallsigen Bestimmungen des genannten Gesetzes selbst die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht außer Zweifel zu stellen.

Die Bestimmungen des Code d'instruction criminelle, welche von dem Verfahren und der Entscheidung am Appellgerichte handeln, geben uns über den Charakter der Berufung keinen näheren Aufschluß. Um so mehr war die vorwürfige

---

[53]) Den gleichen Charakter scheint die Berufung im Züricher'schen Gesetze vom 16. November 1851 zu haben Vgl. §. 153—59.

[54]) Vergl. Walther Lehrbuch S. 494; Zeitschrift Bd. 4 S. 509, Bd. 6 S. 62 Note. Besonders die Appellgerichte stellen sich auf den Standpunkt der partiellen Rechtskraft.

[55]) Vgl. Walther Lehrbuch S. 58, welcher vom französischen Rechte sagt: „daß man sich dieses förmlich und ausgesprochener Maßen geradezu zum Muster für das Reformwerk genommen, so daß man dasselbe hie und da sogar als unser „Mutterrecht" bezeichnen hört, und auch bei Auslegung einzelner Bestimmungen unseres Rechtes bisweilen gezwungen ist, vergleichsweise auf dasselbe zu rekurriren. Es versteht sich — fährt Walther fort — hiernach von selbst, daß nicht nur der Text der französ. Strafprozeß-Ordnung von 1808, sondern auch die gesammte auf dieser Gesetzgebung ruhende Litteratur für unsere Doctrin und Praxis von größter Bedeutung ist."

Digitized by Google

Frage Gegenstand umfassender Besprechung in Doktrin und Praxis. Man unterschied zwischen der Berufung des Staatsanwaltes und der des Beschuldigten. Bezüglich der ersteren wollte man wiederum trennen, ob die Berufung a minima, scil. poena zum Nachtheil oder ad mitiorem zum Vortheil des Angeschuldigten von Seite des ministère public eingelegt worden sei.[56]) Im ersten Falle, meinte man, könne der Oberrichter nicht in melius, im zweiten nicht in durius für den Angeschuldigten reformiren, und heißt es von dieser Ansicht, daß fast alle Autoren sie theilten. Allein schon Dalloz[57]), der hievon Mittheilung macht und das Gewicht der vorgebrachten Gründe nicht verkennt, entscheidet sich für den allgemeinen Devolutiveffekt der Berufung der Staatsbehörde.

„La justice — sagt er — et l'humanité ne peuvent que gagner à ce que le juge d'appel ne soit pas dans la pénible nécessité de sanctionner une condamnation que sa conscience réprouve comme injuste et trop rigoureuse et dont le condamné n'a peut-être omis de solliciter la réforme que par ignorance, incurie ou pauvreté."

Morin, welcher übrigens Dalloz mißzuverstehen scheint,[58]) erklärt schon:

„Il est maintenant de principe que l'appel du ministère public, qu'il soit ad mitiorem ou a

[56]) Gerichtssaal 1853 Bd. 1 S 487.

[57]) Répertoire méthodique et alphabétique etc Paris 1846 Bd. 4 S. 326 (Nr. 382): C'est en ce sens que se prononcent presque tous les auteurs."

[58]) Répertoire (1851) Bd. 1 S. 172 (37): „M. Dalloz n'hésite même pas à poser comme une règle que l'appel a minima du ministère public seul ne peut autoriser le tribunal à améliorer le sort du prévenu, en atténuant une peine que le prévenu lui même a reconnu avoir été sagement proportionnée, puisqu'il n'a pas attaqué le jugement qui la lui a infligée."

Digitized by Google

minima, a le caractère d'un appel indéfini, et qu'il investit les juges d'appel du droit de connaître de l'action toute entière et de la juger."

Trébutien[89]) äußert sich in gleicher Weise:

„L'effet dévolutif de l'appel du ministère public est aussi complet que possible et il soumet au tribunal d'appel l'action publique à nouveau, de telle sorte que ce tribunal peut l'apprécier **comme s'il n'y avait pas de premier jugement.**"

Nachdem er sodann auch die erwähnte Kontroverse rücksichtlich des staatsanwaltschaftlichen appel a minima und ad mitiorem erwähnt hat, sagt er rücksichtlich der von ihm verworfenen strengeren Ansicht:

„c'est méconnaître les principes fondamentaux et essentiels, qui ont été exposés sur l'action publique. Le ministère public a l'exercise et non la disposition de l'action publique .... Le ministère public peut donc porter ou ne pas porter l'appel: mais dès que l'appel est porté, l'affaire est soumise sans restriction, au tribunal etc."

Ebenso bestimmt spricht sich endlich der neueste und wohl bedeutendste[90]) Schriftsteller über französischen Kriminalprozeß — Hélie[91]) — aus, indem er sagt:

„De tous les appels, celui-ci (l'appel du ministère public) a les effets les plus étendus: il préserve non seulement les intérêts de l'action publique, mais ceux de la défense elle-même; car la société, au nom de laquelle il est interjeté ne peut avoir qu'un but, l'accomplissement des fins de la justice, la manifestation de la vérité."

---

[89]) Cours élément (1854) tom. 2 p. 509.

[90]) Vgl. die Dedikation und Vorrede bei Trébutien.

[91]) Traité de l'instr crim. (1858) tom. 8 p. 87.

Digitized by Google

Rücksichtlich der Berufung des Beschuldigten stimmen alle Autoren unter Bezugnahme auf einen avis du conseil d'Etat vom 12. November 1806 überein, daß ihm dieselbe nicht zum Nachtheil gereichen dürfe, — que l'appel du condamné ne peut jamais avoir pour effet d'aggraver sa position[92]), — und führen dies auf eine Rechtskraft der dem Angeschuldigten günstigen und daher von ihm nicht angefochtenen Theile des Erkenntnisses — points, chefs du jugement — zurück. Durch diese Motivirung verkehren sie aber, indem sie die Folge zum Grund machen, das richtige Verhältniß zwischen dem Verbote der reformatio in pejus und der Rechtskraft. In Frankreich wird so wenig, wie bei uns, von dem höheren Grade eines Verbrechens freigesprochen, wenn wegen des niederen eine Verurtheilung erfolgt, noch weniger aber, was die Strafausmessung anlangt, das Strafrecht des Staates rücksichtlich des höheren Strafmaßes ab- und rücksichtlich des niederen zuerkannt. Bei einer Verurtheilung daher nach Art. 406 des Code pénal wegen abus de confiance zu einem Jahr Gefängniß kann von einer Rechtskraft des Erkenntnisses, insoweit nicht auf das Strafmaximum erkannt wurde, so lange nicht gesprochen werden, als nicht eine Ueberschreitung des unterrichterlichen Strafmaßes von Seiten des Oberrichters durch Gesetz oder Rechtsübung ausgeschlossen ist. Weil vielmehr von der Appellationsinstanz im Falle einseitiger Berufung des Beschuldigten nicht über ein Jahr Gefängniß erkannt werden darf, läßt sich von einer ideellen Theilung des Erkenntnisses und Rechtskraft der nicht angefochtenen Theile reden. Die französische Jurisprudenz nimmt übrigens in Wirklichkeit für den gegebenen Fall keine partielle Rechtskraft im gewöhnlichen Sinne an, indem sie unbedenklich jede Veränderung in der Qualification wie überhaupt in den einzelnen Faktoren des Urtheils zuläßt, pourvu que la condition de l'appelant ne soit pas aggravée.[93])

[92]) Dalloz a. a O. p. 316; Morin p. 174; Trébutien p. 506; Hélie p 80.

[93]) Morin a. a. O.; vergl. auch Dalloz und Hélie ebend.; Höchster §. 198.

Digitized by Google

Dem Gesagten zufolge wird es kaum einem Zweifel unterworfen sein, daß die Berufung im französischen Strafprozesse mit einziger Ausnahme der im Interesse des Beschuldigten gesetzten Schranke [94]) in allen Fällen den Charakter der umfassenden Devolutivkraft an sich trage.

Was das bayerische Recht selbst anbetrifft, so heißt es in den Motiven zum Gesetzentwurfe – das Verfahren bei der Aburtheilung von Verbrechen und Vergehen durch die Kreis- und Stadtgerichte betreffend: [95])

„Durch die allgemeine Fassung der Vorschrift, daß Beschwerden gegen die kreis- und stadtgerichtlichen Urtheile auf dem Wege der Berufung geltend zu machen seien, ist angedeutet:

..... 2) daß die Berufung unbedingt Platz greift. .... In dem Gesetzentwurfe über die Rechtsmittel gegen die von dem Assisenhofe erlassenen Urtheile ist dem verhafteten Beschuldigten das Recht versagt, an der vor dem obersten Gerichtshofe stattfindenden Verhandlung Theil zu nehmen; dagegen wird in dem gegenwärtigen Entwurfe sein Erscheinen vor dem Appellationsgerichte angeordnet. Die Verschiedenheit dieser Vorschrift hat ihren Grund darin, daß die Nichtigkeitsbeschwerde nur die Rechtsfrage zum Gegenstande hat, während die Berufung sich zugleich auf die Thatfrage erstreckt. Offenbar erheischt aber die Thatfrage das persönliche Erscheinen des Beschuldigten, wogegen die Theilnahme an der Verhandlung über die Rechtsfrage füglich dem Vertheidiger überlassen werden kann."

Beabsichtigte der Gesetzgeber im Falle einer Berufung wegen des Rechtspunktes blos diesen devolviren zu lassen, so hätte er

---

[94]) Selbst diese scheint in Abrede zu stellen Höchster S. 284.

[95]) Verhandlungen des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Abgeordneten v. Jahre 1848 Beil.-Bd. 2 S. 74.

Digitized by Google

gewiß, wie es z. B. das preußische Gesetz gethan hat,[96]) die Verbringung des verhafteten Beschwerdeführers zur appellationsgerichtlichen Verhandlung in das Ermessen des Appellrichters gelegt.

In den Motiven zum Gesetzentwurfe — die Rechtsmittel gegen die vom Assisenhofe erlassenen Urtheile betreffend[97]) — ist ferner gesagt:

> „ . . . . . deshalb können Rechtsmittel, welche, wie die Appellation . . . . . den Zweck haben, den ganzen Rechtsfall an den höhern Richter zu bringen, damit derselbe in allen seinen thatsächlichen und rechtlichen Beziehungen nochmals geprüft werde, in dem Systeme der Schwurgerichte keinen Platz finden."

Die in den Motiven niedergelegte — dem französischen Rechte entnommene — Auffassung der Berufung fand ihre Aussprache in den Bestimmungen des Gesetzes selbst.

Der Art. 333 verordnet:

> „Nachdem der Vorstand des zur Entscheidung in zweiter Instanz niedergesetzten Senates die Sitzung auf die im Art 315 bestimmte Art eröffnet hat, wird von dem Referenten ein Vortrag über den Gang und das Ergebniß des bis dahin stattgehabten Verfahrens erstattet, wobei Aktenstücke von besonders erheblichen Inhalte, namentlich die Vormerkungen des Protokollführers (Art. 317 und 318) und das erstrichterliche Urtheil wörtlich abzulesen, und die etwa vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen zu vernehmen sind. Hiernächst — fährt der Art. 334 fort — sind von dem Verurtheilten, wenn

---

[96]) Verordnung vom 8. Januar 1849 §. 138; Müller Kommentar S. 146 (§. 176); Stemann S. 223.

[97]) V. d. G.-A. d. K. d. A. Blg.-Bd. 1 S. 371.

Digitized by Google

er die Berufung ergriffen hat, anderen Falles von dem Staatsanwalte die Beschwerdepunkte zu bezeichnen.[95])

Wollte man von diesen die Ausdehnung der oberrichterlichen Kognition abhängig machen, so wäre die Reproduktion der thatsächlichen Grundlage des erstrichterlichen Urtheiles, wenn die Beschwerde auf den Rechtspunkt beschränkt werden will, höchst überflüssig.

Der Art. 339 enthält eine Aufzählung der Artikel über die Nichtigkeitsbeschwerde, welche auch bei der Berufung in Anwendung zu kommen haben. Darunter befindet sich allerdings Art. 236, welcher den Staatsanwalt anweist, bei Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde die Beschwerdepunkte genau zu bezeichnen. Allein die Art. 245 — 249 inclus., welche von dem Devolutiveffekt der Nichtigkeitsbeschwerde und dessen Beschränkung nach Maßgabe der erhobenen Beschwerde handeln, sind nicht in Bezug genommen. Daraus geht hervor, daß der Gesetzgeber eine gesonderte Anfechtung des Rechtspunktes, welche er bei der Nichtigkeitsbeschwerde gestattete, bei der Berufung nicht gelten lassen wollte. Eine Absichtlichkeit ist hiebei um so weniger zu verkennen, als die dem Art. 245 vorausgehenden Art. 243 und 244 sowie der dem Art. 249 folgende Art. 250 ausdrücklich erwähnt sind.

Im Art. 339 ist ferner auf die bereits oben §. 9 besprochenen Art. 322 — 325 Bezug genommen. Wenn nun in allen Fällen (zu einer beschränkteren Auffassung sind wir auf Grund des Satzes „ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere“ nicht berechtigt) zuerst über die That- und dann über die Rechtsfrage abgestimmt werden soll, so würde sich eine solche Bestimmung höchst eigenthümlich ausnehmen, wollte man in einzelnen Fällen von vorneherein eine Abänderung der Thatfrageentscheidung ausschließen. Endlich kommt noch rücksichtlich

---

[95]) Eine Ausnahme hievon greift nur in dem Falle Platz, wenn die Berufung aus formalen Gründen unstatthaft ist Vgl. Sitz.-Ber. Bd. 3 S. 73.

Digitized by Google

der staatsanwaltschaftlichen, und da das Gesetz die Berufung des Beschuldigten — die einzige im Art. 338 enthaltene Bestimmung ausgenommen — wie die erstere behandelt, auch rücksichtlich dieser ein Argument aus Art. 338 Abs. 2 zu entnehmen. Darnach soll, wenn der Staatsanwalt die Berufung ergriffen hat, eine Abänderung des erstrichterlichen Urtheiles nicht blos zum Nachtheile, sondern auch zum Vortheile des Beschuldigten zulässig sein. Mit Rücksicht auf die oben besprochene Kontroverse des französischen Rechtes, um deren Entscheidung es dem Gesetzgeber hiebei offenbar zu thun war, sowie die allgemeine Fassung dieser Vorschrift müssen wir den Oberrichter zu jeder dem Angeschuldigten günstigen Abänderung des unterrichterlichen Urtheiles, daher auch zu einer Freisprechung für berechtigt erachten. Dieß setzt aber voraus, daß derselbe in allen Fällen die Thatfrage seiner Würdigung und Urtheilsfällung unterziehe, da gerade mit Rücksicht auf diese eine Freisprechung indizirt sein kann, wo der Unterrichter verurtheilte.

Die nach der vorstehenden Ausführung über das Wesen der Berufung nach bayerischem Rechte sich ergebende Ansicht ist auch zahlreichen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes zu Grunde gelegt.[99])

Die Richtigkeit derselben vermag durch die Gründe nicht entkräftet zu werden, welche dagegen vorgebracht wurden. Walther (Lehrbuch S. 494) führt aus, die umfassende Aufgabe des Appellationsgerichtes, wornach sich dessen Kognition und Aenderungsbefugniß auf alle Theile des erstinstanziellen Endurtheiles erstrecke, sei nicht so allgemein und unbedingt, daß die fragliche Kognition überall und in allen Fällen jenen weiten Umfang haben müsse, und daß die Motivirung der Beschwerde auf den Inhalt

[99]) Vgl. die Erkenntnisse in der Zeitschrift Bd. 1 S. 96 u 359; Bd. 2 S. 85, 223 u. 449; Bd. 3 S. 400, 204 u. 531; Bd. 4 S. 25, 180, 511 u. 90; vornehmlich aber Bd. 6 S. 61 und den Plenar-Beschluß in Bd. 6 S. 190.

Digitized by Google

des appellationsgerichtlichen Urtheiles gar keinen Einfluß äußern könne. Es müsse vielmehr auch hier von der Vermuthung ausgegangen werden, daß die Handlungen der Staatsorgane formell und materiell richtig seien; daher sie nur insoweit vernichtet und abgeändert werden könnten, als sie angefochten und als unrichtig aufgezeigt werden. Was darüber hinaus, sei strikte zu interpretirende Ausnahme. Von diesen Grundsätzen sei auch das bayerische Recht in den Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde ausgegangen, und habe nur zu Gunsten des Beschuldigten eine Ausnahme gemacht. In dem Kapitel von der Berufung fänden sich nun allerdings keine solchen Bestimmungen, allein dieses Stillschweigen könne nicht so gedeutet werden, als ob der Gesetzgeber hier das Verhältniß habe umkehren wollen. Es müsse daher auch hier an der obigen Vermuthung festgehalten werden und der Motivirung der Beschwerde ein Einfluß auf den Umfang der oberrichterlichen Kognition eingeräumt werden.

Dagegen kömmt in Betracht, daß der Charakter, welchen Walther der Berufung rücksichtlich des Devolutiveffektes geben will, wohl der Natur eines Rechtsmittels überhaupt entsprechend sein, und vielleicht vom legislatorischen Standpunkte aus mit Erfolg festgehalten werden kann [100]), daß derselbe aber für das bayerische Recht, weil dieses, wie vorher ausgeführt wurde, in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte gegentheilige Vorschriften enthält, nicht zutrifft. Das Stillschweigen des Gesetzgebers für sich allein würde allerdings nicht zu einer Verläugnung und Umkehrung des natürlichen Verhältnisses berechtigen. Wenn aber aus den Umständen hervorgeht, daß dieses Stillschweigen ein absichtliches ist, so wird es bedeutsam, so daß daraus auf ein Abgehen von der Natur der Sache geschlossen werden muß.

Insoferne Walther eine zur Bekräftigung der hier ver-

---

[100]) Vgl. Planck S. 504, 510 u. 562 ff., und oben §. 3 u. 7 a. E.

Digitized by Google

tretenen Ansicht vorgenommene Bezugnahme auf Art. 337 [101]) verwirft, so kann ich mit ihm nur einverstanden sein, indem dieser Artikel allerdings blos den Gegensatz zu Art. 335 und 336 bildet. Auch ich bin ferner der Ansicht, daß unter Beschwerdepunkten nicht das zu verstehen sei, was der oberste Gerichtshof darunter versteht, glaube aber nachweisen zu können, daß auch bei einem richtigen Verständnisse dieses Ausdruckes die Bestimmung des Art. 236 nicht als „zwecklos" erscheine [102]).

Der oberste Gerichtshof unterscheidet nemlich zwischen Beschwerdepunkt und Beschwerdegrund [103]), versteht unter dem ersteren den anzufechtenden Erkenntnißtheil, unter letzterem die Motivirung der Beschwerde, die Angabe der thatsächlichen und rechtlichen Gründe, aus welchen in erster Instanz anders, als geschehen, hätte erkannt werden sollen, — und ist der Ansicht, daß der Bestimmung des Art. 339 resp. 236 genügt sei, wenn der Staatsanwalt bei Anmeldung der Berufung nur den Beschwerdepunkt bezeichne [104]). Allein diese Unterscheidung ist im Gesetze nicht begründet, und würde die Bestimmung des Art. 339 resp. 236 in den meisten Fällen als eine völlig gehaltlose erscheinen lassen. Der oberste Gerichtshof hatte bei derselben offenbar nur den Fall im Auge, wenn es sich um mehrere Anschuldigungen eines oder mehrerer Angeschuldigter und deren selbstständige Erledigung in dem angefochtenen Erkenntnisse handelt [105]). Hier könnte

---

[101]) Zeitschrift Bd. 4 S. 182; Bd. 6 S. 64.

[102]) Walther a. a. O.

[103]) Zeitschrift Bd. 4 S. 183 u. 510.

[104]) Das Erkenntniß in Zeitschrift Bd. 3 S. 204 verlangt noch die Angabe, wie anders hätte erkannt werden sollen.

[105]) Zeitschrift Bd. 6 S. 194: „Selbst wenn jene Bestimmung (des Art. 339 mit 236) für die Berufungsanmeldung des Staatsanwaltes nicht gegeben wäre, ließe sich von ihm erwarten, daß — falls das Urtheil mehrere Angeschuldigte beträfe, er aber nur bezüglich des einen oder andern Beschuldigten die Richtigkeit des Urtheils bezwei-

Digitized by Google

man allerdings mit praktischem Erfolg unter Beschwerdepunkt das selbstständig erledigte strafrechtliche Verhältniß, unter Beschwerdegrund die Angabe, warum gefehlt, und wie anders hätte erkannt werden sollen, verstehen. Wie aber in dem zunächst liegenden Falle, wenn es sich nur um Einen Reat Eines Angeschuldigten handelt? Wenn das ganze strafrechtliche Verhältniß der Erkenntnißtheil ist, der als Beschwerdepunkt bezeichnet werden muß, welches ist dann, wenn nur Ein solches Verhältniß vorliegt, der andere Theil, was das Ganze? Verstehen wir auch hier konsequenter Weise unter Beschwerdepunkt das ganze strafrechtliche Verhältniß, so wissen wir bei einer staatsanwaltschaftlichen Berufung, welche den Beschwerdepunkt genau (!) nach der Vorschrift des Art. 236 bezeichnet, soviel, als wenn dieß nicht geschehen wäre; wir wissen, daß dem Staatsanwalte die Entscheidung des Bezirksgerichts nicht recht sei. Daher ist denn auch ein neuerliches Erkenntniß des Kassationshofes vom 24. Februar 1860 [106]) zu dem Ausspruche gekommen: „Gegen ein freisprechendes Urtheil eines Forststrafgerichts erster Instanz genügt auf Seite des Vertreters der königlichen Forstbehörde [107]) die allge-

---

felt, oder falls ein Angeschuldigter von einem der konkurrirenden Reate mit Grund freigesprochen, aber im Uebrigen das Urtheil Grund zur Beschwerde gäbe, — er die beschwerenden Erkenntnißtheile, die Beschwerdepunkte bei der Berufungsanmeldung bezeichne.... Die Bezeichnung der Beschwerdepunkte in obigem Sinne ist nun dem Staatsanwalte ausdrücklich zur Pflicht gemacht, sie bildet einen wesentlichen Bestandtheil der Berufungsanmeldung.... Allein die Motivirung, warum die Freisprechung, der Schuld- oder Strafausspruch in dem als Beschwerdepunkt bezeichneten Erkenntnißtheile gravirlich sei.... sind darum noch kein wesentlicher Theil der Berufungsanmeldung.“ Vergl. auch Zeitschrift Bd. 4 S. 510.

[106]) Zeitschrift Bd. 7 S. 50.

[107]) Welcher sich nach dem für die Staatsanwälte geltenden Vorschriften zu richten hat. Art. 179 des Forstgesetzes v. 28. März 1852.

Digitized by Google

meine Anmeldung der Berufung, ohne daß es einer näheren Begründung bedarf" — ein Ausspruch, der doch mit den klaren Worten des Gesetzes: „In allen Fällen hat der Staatsanwalt bei Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde (hier der Berufung) zugleich die Beschwerdepunkte genau zu bezeichnen", in unauflöslichem Widerspruch steht[105]). Allein der gemachte Unterschied ist, wie schon erwähnt, dem Gesetze fremd. Daß rücksichtlich eines selbstständig erledigten strafrechtlichen Verhältnisses theilweise Rechtskraft eintrete, wenn das Rechtsmittel nicht darauf gerichtet wurde, versteht sich von selbst, und ist für den Fall der Komplizität durch Art. 339 resp. 250 noch besonders sanktionirt worden.

Die Bezeichnung der Beschwerdepunkte kann vielmehr aus folgenden Gründen zur Pflicht gemacht werden:

1) den Parteien überhaupt, weil man wegen der Präsumtion für die Förmlichkeit des Verfahrens und die Richtigkeit des Urtheils, die Anforderung an sie stellen soll, daß sie ihre Zweifel an der Richtigkeit dieser Präsumtion sofort begründen können,[109]) damit ferner der angerufene Oberrichter wisse, auf welchen Theil der Verhandlung oder des Urtheils er sein Augenmerk zu richten habe;
2) dem Staatsanwalte **allein**, um die Lage des Angeschuldigten gegen denselben zu erleichtern;
3) dem Beschuldigten, um ihn von frivolem Gebrauch der Rechtsmittel abzuhalten.

Bei einem Rechtsmittel nun, welches zu einer eigentlichen Prüfung der unterrichterlichen Thätigkeit durch den Oberrichter führt, wird der erste Gesichtspunkt zutreffen. Bei einem Rechts-

---

[105]) Vergl. übrigens das Erkenntniß vom 27. Dezember 1856 in Zeitschrift Bd. 3 S. 529, welches ausspricht: „Der Forstmeister hat bei Anmeldung der Berufung die Beschwerdepunkte genau zu bezeichnen." (L. 38 D. de legib.!?)

[109]) Siehe oben §. 3 S. 16.

Digitized by Google

mittel dagegen, welches immer zu einer neuen Würdigung der ganzen Sache führt, kann die besagte Vorschrift nur mit Rücksicht auf die sub 2 und 3 bezeichneten Gründe Bedeutung haben.

Da nun der Gesetzgeber bei der Nichtigkeitsbeschwerde ausdrücklich hervorhob,[110]) er habe die Bezeichnung von Beschwerdepunkten deshalb nur dem Staatsanwalte zur Pflicht gemacht, weil er die Lage des Angeklagten den überwiegenden Angriffskräften des anklagenden Staates gegenüber erleichtern wollte, so lag es nahe, daß er diese Bestimmung auch bei der Berufung in Bezug nahm. Dieses vom Gesetzgeber hervorgehobene Motiv erhält aber nur dann seine entsprechende Würdigung, wenn man unter Beschwerdepunkt den Grund der Anfechtung versteht, ob also die Berufung ergriffen werde, weil ein für das Endergebniß relevanter Verstoß im Verfahren gemacht, die Thatfrage unrichtig entschieden oder das Gesetz falsch angewandt wurde, wenn man ferner den Staatsanwalt zur Angabe verpflichtet, wie nach seiner Ansicht anders hätte erkannt werden sollen. Durch eine derartige Bezeichnung der Beschwerdepunkte würde die Lage des Angeschuldigten in der That erleichtert werden, indem er bereits im Voraus wüßte, worauf es bei der Verhandlung in secunda hauptsächlich ankommen werde. Darnach müßte denn freilich eine Berufung des Staatsanwaltes, weil „freigesprochen“, oder „nicht nach seinen Anträgen erkannt wurde“[111]), noch vielmehr aber eine völlig unmotivirte Berufung verworfen werden[112]).

Läßt man aber den ganz unbegründeten Unterschied zwischen Beschwerdepunkt und Beschwerdegrund fallen, so hat das Erforderniß der Angabe von Beschwerdepunkten durch den Staats-

---

[110]) V. d. G.-A. d. K. d. A. Blg.-Bd. 1 S. 380.

[111]) Zeitschrift Bd. 4 S. 181.

[112]) Wurde wohl in dem in Zeitschrift Bd. 7 S. 50 mitgetheilten Falle die Lage des Angeschuldigten durch die Berufungsanmeldung des Forstmeisters wesentlich erleichtert?

Digitized by Google

anwalt bei der Berufung guten Sinn, auch wenn man die Kognition des Appellgerichts nicht auf die Prüfung der erhobenen Beschwerde beschränkt.

Das Appellgericht hat vielmehr immer die ganze Sache seiner Würdigung so zu unterziehen, als wenn kein Urtheil erster Instanz vorliegen würde [113]). Es kann daher, der Staatsanwalt mag wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung, falscher Subsumtion oder irriger Strafausmessung querulirt haben, immer diejenige Entscheidung erlassen, welche nach seiner Ueberzeugung den thatsächlichen und rechtlichen Umständen des konkreten Falles die entsprechende ist. Findet es, daß das bezirksgerichtliche Urtheil gerechtfertigt sei, so wird es die Berufung verwerfen. Ist es dagegen der Ansicht, daß in irgend einer Beziehung gefehlt wurde, so wird es die entsprechende Aenderung vornehmen, ohne hiebei im Geringsten an die Anträge des bezirksgerichtlichen oder Oberstaatsanwaltes gebunden zu sein. So kann das Appellgericht, wenn der Staatsanwalt nur eine höhere Strafe beantragte, einen höheren Reat annehmen und nach Beschaffenheit der Fälle sogar vor einen Verbrechenssenat oder das Schwurgericht verweisen [114]). Es kann die Strafe aus andern, als den staatsanwaltschaftlichen Gründen, und daher in geringerem Maße als beantragt wurde, erhöhen [115]). Es bedarf keiner eventuellen Beschwerde, wenn ein geringer qualifizirter Reat, als der Staatsanwalt beantragte, angenommen werden will [116]).

Daß eine staatsanwaltschaftliche Berufung auch zum Vortheile des Beschuldigten wirken könne [117]), wurde schon erwähnt.

Der umfassende Devolutiveffekt kömmt derselben auch dann

---

[113]) Trébutien a. a. O. p. 509.

[114]) Art. 339 mit 321 u. 322. Zeitschrift Bd. 6 S. 61, 190.

[115]) Zeitschrift Bd. 1 S. 96.

[116]) Zeitschrift Bd. 3 S. 366; Bd. 4 S. 28, 90; vergl auch noch Bd. 3 S. 200.

[117]) Art. 338 Abs. 2.

Digitized by Google

zu, wenn sie zu Gunsten des Angeschuldigten eingelegt wurde.[116]) In dieser Beziehung sind jedoch vor Allem die Bedenken ins Auge zu fassen, welche gegen die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde erhoben wurden. Planck[119]) spricht sich dagegen aus, weil eine derartige Befugniß des Staatsanwaltes ein ungerechtfertigtes Mißtrauen gegen das Untergericht, welches doch auch zum Wächter des Gesetzes bestellt sei, oder eine zu weit gehende Bevormundung der Partei verrathe. Allein was den ersten Punkt betrifft, so beweist Planck damit zuviel, denn das Bedenken, welches er anregt, geht nicht gegen die Berufung des Staatsanwaltes im Interesse des Angeschuldigten, sondern gegen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels desselben überhaupt. Läßt man eine Anfechtung der Urtheile durch den Staatsanwalt zu, so ist nicht abzusehen, warum er das Mißtrauen, welches er gegen das Urtheil des Untergerichts aussprechen darf, nicht auch im Interesse des Beschuldigten kundgeben sollte. Es erscheint vielmehr — und damit erledigt sich auch das zweite von Planck angeregte Bedenken — als eine der Stellung der Staatsbehörde, als Wächterin des Gesetzes[120]), entsprechende Aufgabe, wenn sie für den oft schlecht berathenen (oder abwesenden) Beschuldigten sorgt und ein ihr zu hart dünkendes Urtheil angreift. Eine Berufung des Staatsanwaltes zu Gunsten des Angeschuldigten muß daher so lange für eine konkrete Gesetzgebung als zuläßig erachtet werden, als diese nichts gegentheiliges bestimmt,[121]) insbesondere die Fälle nicht begränzt, in welchen der Staatsanwalt die Berufung ergreifen könne.[122]) Für das bayerische Recht müssen

---

[118]) Vgl. Reitzenstein in Schwarze's Gerichtszeitung für Sachsen Bd. 1 S. 105 ff.

[119]) Darstellung S. 508; vergl. dagegen Sundelin die Staatsanwaltschaft S. 17.

[120]) Sundelin a. a. O.

[121]) Dieß ist der Fall in Hannover §. 213 (Ges. v. 5. April 1859.)

[122]) Stemann a. a. O. S. 215. Die französ. Jurisprudenz erachtet

Digitized by Google

wir dem Staatsanwalte diese Befugniß im Hinblick auf die allgemeine Bestimmung des Artikels 328 und 329 um so mehr einräumen, als in den Berathungen der Kammer der Reichsräthe über den Gesetzentwurf „das Verfahren bei der Aburtheilung von Verbrechen und Vergehen ꝛc. betreff.", von dem Referenten die von keiner Seite beanstandete Aeußerung gemacht wurde:[123] „Der Staatsanwalt ist der Vertreter des Rechtes; er kann sogar die Berufung ergreifen um zu mildern."[124] Wenn aber dem Staatsanwalte diese Befugniß zukömmt, so könnte die Frage erhoben werden, ob das Appellgericht, wofern er davon Gebrauch macht, auch zum Nachtheile des Beschuldigten abändern könne. Man möchte sich zu einer Verneinung derselben veranlaßt sehen, weil die Thätigkeit des Staatsanwaltes — begonnen im Interesse des Beschuldigten — nicht zu dessen Nachtheil enden könne. Allein hier begegnen wir der schon mehrfach besprochenen Stellung des Staatsanwaltes, gemäß welcher derselbe wohl die Anklage erheben, aber nicht über dieselbe disponiren kann, gemäß welcher seinen Anträgen nur die Bedeutung eines anregenden Gutachtens beizumessen ist.[125] Bringt man damit noch die ganz allgemeine Bestimmung des Art. 338 Abs. 2 in Verbindung, so wird man keinen Zweifel mehr hegen, daß auch auf eine zu Gunsten des Beschuldigten vom Staatsanwalte eingelegte Berufung das bezirksgerichtliche Urtheil zum Nachtheil des Ersteren abgeändert werden dürfe.[126]

---

es als etwas Selbstverständliches, daß der Staatsanwalt auch im Interesse des Beschuldigten die Berufung ergreifen könne. Morin I, 172; Trébutien I, 509; Hélie VIII, 88.

[123]) Verh.-Prot. Bd. 3 S. 267.

[124]) Ueber die übrigen deutschen Gesetze vgl. Sundelin a. a. O. S. 140 (Anhang III.)

[125]) Trébutien a. a. O. p. 509. Siehe S. 40.

[126]) In dieser Weise hat sich auch die anfänglich schwankende Praxis des französ. Kassationshofes seit einem Erk. vom 4. März 1825 und

Digitized by Google

§. 11.

Fortsetzung.

Die im vorigen §. gegebene Ausführung mag ersehen lassen, daß die Natur der Berufung im bayerischen Rechte der Abänderung des bezirksgerichtlichen Urtheiles zum Nachtheile des appellirenden Beschuldigten nicht im Wege stehen würde. (§. 4 S. 21.)

Auf diesem Standpunkte befand sich auch das frühere bayerische Recht, welches sogar die ausdrückliche Sanktionirung enthielt:

> „Ein an sich giltiges Erkenntniß des Kriminalgerichtes ist das Oberappellationsgericht in jedem Falle ermächtigt, entweder zu bestätigen oder aber, es sei zum Vortheile oder Nachtheile des Angeschuldigten abzuändern."

Diese Bestimmung gilt noch heutzutage für Polizeiuntersuchungen.[127]) In Militärstrafsachen besteht nach einer Verordnung (!) vom 14. April 1856 gar noch das nothwendige Rechtsmittel der Revision, welches zu einer beliebigen Schärfung des Urtheils direkt (Art. 75) oder indirekt (Art. 76) führen kann.

Dagegen bestimmt der Artikel 338 Abs. 1 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848:

> „Das Urtheil des Kreis- und Stadtgerichtes (jetzt Bezirksgerichtes) kann auf die Berufung des

---

14. Juli 1827 konstant ausgesprochen. Vergl. dazu ein Erk. des O. T. zu Berlin v. 1859, mitgeth. in Schletter's Jahrbüch. der deutsch. R.-W u. Gesetzgeb., 1860 Bd. 6 S. 231; dagegen den Art. 351 der kgl. sächs. St.-P.-O. u. ein Erk. des Dresd. O.-A.-G. vom 27. Febr. 1860, mitgetheilt in den Annalen dieses Gerichtshofes Bd. 2 Hft. 1 S. 90 f.

[127]) Vergl. aber Entw. eines Einführungsgesetzes zum Entwurfe des Strafprozeßgesetzbuches und des Strafpolizeigesetzbuches für das Königreich Bayern Art. 22 init.

Digitized by Google

Verurtheilten nicht zu dessen Nachtheile abgeändert werden.«

Es ist nunmehr die Tragweite dieser Vorschrift und der Einfluß zu untersuchen, welchen dieselbe auf die Einrichtung des oberrichterlichen Urtheiles mit Rücksicht auf das erstrichterliche äußert.

§. 12.

Wirkungen des in Art. 338 enthaltenen Verbotes der reformatio in pejus.

Wurde der Beschuldigte freigesprochen, so hat er keine Berufung, selbst nicht in dem Falle, wenn die Freisprechung wegen Verjährung erfolgte, während er die That nicht begangen zu haben behauptete, oder sie als straflos darzustellen suchte. Wurde er dagegen verurtheilt, so steht ihm ein freies Berufungsrecht zu; er braucht seine Beschwerde nicht einmal zu motiviren, oder den Punkt anzugeben, in welchem nach seiner Meinung gefehlt wurde. Auch hier kann dem Oberrichter durch eine etwa dennoch vorgenommene Motivirung der Beschwerde keine Schranke bezüglich der Ausdehnung seiner Kognition gesetzt werden, dieselbe muß sich vielmehr immer auf die ganze Sache, daher auf die Thatfrage erstrecken, wenn auch der Beschuldigte nur wegen unrichtiger Gesetzesanwendung Beschwerde geführt hätte.[128])

Dagegen besteht eine solche Schranke rücksichtlich der Urtheilsfällung. Der Oberrichter darf — den Fall der Mitberufung des Staatsanwaltes abgesehen — kein Urtheil erlassen, welches unmittelbar oder in seinen Folgen dem Beschuldigten nachtheiliger ist, als das erstrichterliche. Das Appellgericht hat daher die Berufung nicht blos in dem Falle zu verwerfen, wenn die Entscheidung des Bezirksgerichtes den thatsächlichen und rechtlichen Umständen des konkreten Falles entspricht, sondern auch,

---

[128]) Zeitschrift Bd. 2 S. 449, 359.

Digitized by Google

wenn es bei seiner Prüfung zu dem Resultate gelangt, daß das bezirksgerichtliche Urtheil noch zu milde für den Beschwerdeführer ausgefallen ist.

Wie sich die Sache verhalte, wenn das Untergericht, nach der Auffassung des Appellgerichtes, entweder in örtlicher Beziehung oder, weil der Reat zur Aburtheilung vor ein Gericht höherer Ordnung — Verbrechensſenat, Schwurgericht — gehörte, nicht zuständig war, ist bestritten. In beiden Fällen würde die Verweisung an das zuständige Gericht eine reformatio in pejus enthalten, da dieses — sei es ein Gericht höherer oder gleicher Ordnung — nach Beseitigung des vorigen Urtheils leicht zu einem strengerem Ausspruche als letzteres gelangen könnte.

Hat der Staatsanwalt die Berufung ergriffen, so unterliegt es, wie schon oben hervorgehoben wurde, keinem Zweifel, daß das Appellgericht, wie es jede seiner Ueberzeugung entsprechende Entscheidung erlassen, so auch die nöthige Verweisung aussprechen kann. Nur wird es in dem Falle, wenn sich ein Mangel in der Kompetenz des Untergerichts blos in örtlicher Beziehung ergibt, und keine besondere Beschwerde deswegen erhoben wurde, sich nicht veranlaßt sehen, die Sache an das in dieser Beziehung zuständige Gericht zur nochmaligen Aburtheilung zu verweisen. Denn wenn auch dem Staate behufs einer entsprechenden Führung der Voruntersuchung [129]) und einer möglichst raschen Bestrafung aller Uebertretungen daran gelegen sein muß, daß kein Gericht eine Sache, die nicht zu seiner Zuständigkeit gehört, an sich ziehe, so fällt doch dieses Interesse nach der Aburtheilung weg. In diesem Falle würde die Befassung eines andern Gerichtes, blos um die Kompetenz zu wahren, gerade das Gegentheil von dem bewirken, was man bei Regelung der Kompetenzverhältnisse bezweckte. Der Art. 321 und 322, welche nach Art. 339 für das Berufungsverfahren gelten, sprechen auch nur von einer Verweisung vor ein Gericht höherer Ordnung. Hat dagegen der Beschul-

[129]) Walther Lehrbuch §. 34 S. 141.

Digitized by Google

digte die Berufung ergriffen, so wird es darauf ankommen, ob er den Mangel in der Kompetenz gerügt hat oder nicht.

Im ersten Falle begegnen wir der Kollision zweier Prinzipien, nämlich des mit dem Verbote der reformatio in pejus zusammenhängenden Prinzipes der Rechtskraft und des Prinzipes, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden soll. Es ist zu untersuchen, welches als das stärkere und in seiner Durchführung mit weniger Inkonvenienzen verbundene den Vorzug haben müsse[130]).

Da das Verbot der reformatio in pejus ein beneficium für den Angeschuldigten ist, ebenso die Wahrung der Kompetenz-Verhältnisse als ein Recht desselben erscheint, das ihm insbesondere nicht gegen seinen ausdrücklichen Willen entzogen werden darf[131]), beide Rechte aber nicht neben einander in Anspruch genommen werden können, so muß man ihm die Wahl gestatten, und in der Wahl des einen den Verzicht auf das andere erblicken, daher bei einem ausdrücklichen Antrag auf Verweisung vor das zuständige Gericht die Rücksicht auf eine sich dabei ergebende reformatio in pejus in den Hintergrund treten lassen. Der Satz "beneficia nemini obtruduntur" kömmt hier um so mehr zur Anwendung, als man gar nicht wissen kann, ob ihm nicht die Möglichkeit, von Geschwornen freigesprochen zu werden, lieber ist, als die Gewißheit, von den Bezirksrichtern nur zu Arbeitshaus- oder Gefängnißstrafe verurtheilt zu sein[132]).

Für das bayerische Recht kommen außerdem die Bestimmungen der Art. 335 u. 336 in Betracht, welche, ohne einen Unterschied zwischen der Berufung des Beschuldigten und der des Staatsanwaltes zu machen, verordnen, daß, wenn die Beschwerde wegen Inkompetenz des Untergerichts aus irgend einem Grunde erhoben wird, nach Lage der Sache unter Vernichtung des erst-

[130]) Goltdammer Archiv f. preuß. St.-R. 1860 S. 318.

[131]) Verf.-Urk. des Königr. Bayern Tit. IV §. 8 Abs. 2.

[132]) Dalloz a. a. O. tom. 4 p. 318 f.; Morin S. 174 (Nr. 40 Abs. 4); Trébutien a. a. O. p. 507; Planck S. 516 Note 11.

Digitized by Google

richterlichen Urtheils die entsprechende Verweisung ausgesprochen werden solle. Es kömmt ferner in Betracht, daß die Bestimmung des Art. 338 nur dann in Anwendung zu bringen ist, wenn nach Art. 337 in der Hauptsache erkannt wird, was aber in den Fällen des Art. 335 und 336 nicht zu geschehen hat.[133])

Ob das Appellgericht auch an einen Verbrechenssenat oder das Schwurgericht verweisen könne, wenn der Beschuldigte nur einen Mangel der Kompetenz in örtlicher Beziehung geltend gemacht hat, kann erst erörtert werden, wenn wir den zweiten Fall in's Auge gefaßt haben, daß der Beschuldigte den Kompetenzmangel gar nicht gerügt hat.

Was diesen anbelangt, so müssen wir vor Allem einer Unterscheidung entgegentreten, welche in dieser Beziehung gemacht werden will. Walther[134]) behauptet nämlich, die Beschränkung des Art. 338 falle weg, wenn sich in der zweitinstanziellen Verhandlung neue Thatsachen herausstellten, welche die Sache als eine schwurgerichtliche erscheinen ließen. Aus Rücksichten auf das hier prävalirende Prinzip der Kompetenz müsse in diesem Falle auch bei einer einseitigen Berufung des Beschuldigten vor das Schwurgericht verwiesen werden. In dem Falle dagegen, wenn das Appellgericht auf die Berufung des wegen Vergehen Verurtheilten finde, daß die That ein zur Kognition der Bezirksgerichte gehöriges Verbrechen sei, statuirt er unter Bezugnahme auf eine oberstrichterliche Entscheidung[135]), es könne der Angeschuldigte zwar nicht wegen Verbrechens verurtheilt, aber auch natürlich nicht von dem Vergehen freigesprochen, die Berufung müsse vielmehr verworfen werden.

Sehen wir aber von der Frage, welchen Einfluß die Rücksicht auf die Wahrung der Kompetenzverhältnisse in unserm Falle

---

[133]) Sitz.-Ber. Bd. 4 S. 126.

[134]) Lehrbuch S. 498.

[135]) Zeitschrift Bd. 3 S. 400.

Digitized by Google

überhaupt äußere, zunächst ab, und nehmen mit Walther an, es prävalire diese vor der Bestimmung des Art. 338, so muß doch das Gleiche angenommen werden, wenn die Handlung nach der Auffassung des Appellgerichts zur Zuständigkeit eines Verbrechensſenates, als wenn sie zu der des Schwurgerichtes gehört. Denn daß geringere Verbrechen nicht vom Schwurgerichte, sondern vom selben Bezirksgerichte wie Vergehen abgeurtheilt werden, ist etwas Zufälliges und wird durch die neue Gesetzgebung geändert werden [136]). Der wesentliche Unterschied liegt in der Besetzung des Gerichtes; ein aus fünf Richtern bestehender Senat hat eine andere Kompetenz, ist gewissermaßen eine andere Behörde, als ein aus drei Richtern zusammengesetzter. Ein Fünfersenat unterscheidet sich rücksichtlich der Kompetenz von einem Dreiersenat, gerade wie das Schwurgericht von einem Fünfersenat.

Nach meiner Ansicht muß sowohl in dem einen wie in dem andern Falle die Berufung verworfen werden, ebenso in dem Falle, wenn sich ohne desfallsige Beschwerde ein Mangel in der Kompetenz des Untergerichts nicht aus der Beschaffenheit des Reates, sondern in örtlicher Beziehung ergibt, quoad materialia aber eine Aenderung nicht für indizirt erachtet wird.

Was zunächst den letzten Fall anlangt, so haben wir schon gesehen, daß ein Interesse des Staates, die Sache von dem kompetenten Gerichte nochmals aburtheilen zu lassen, nicht besteht; ebensowenig aber kann ein solches auf Seiten des Beschuldigten wahrgenommen werden. Denn indem derselbe dem inkompetenten Gerichte sich ohne Widerrede unterworfen und auch nach der Aburtheilung keine Beschwerde deshalb erhoben hat, gibt er seinen Verzicht auf die Aburtheilung durch das kompetente Gericht zu erkennen, durch sein Stillschweigen wird vielmehr das inkompetente Untergericht kompetent.

Was den Fall betrifft, daß sich ein Mangel in der Kompetenz des Untergerichts und damit von selbst auch des demselben

---

[136]) Art. 9 des Entwurfes zum Einführungsgesetze.

Digitized by Google

vorgesetzten Obergerichts ratione materiae ergibt, so erscheint, wenn der Beschuldigte die Berufung allein ergriffen hat, das Recht des Staates auf eine höhere Bestrafung in Folge der Beruhigung des Staatsanwaltes als konsumirt. Soweit das unterrichterliche Urtheil dem Beschuldigten günstig ist, liegt wegen des Verbotes der reformatio in pejus Rechtskraft vor, und es ist nicht die subjektive Meinung des Appellrichters, sondern das unterrichterliche Urtheil, in welchem sich die Ansicht des Staates über das aberkannte Recht auf höhere Bestrafung darstellt. Jede strengere Beurtheilung würde gegen das Prinzip der Rechtskraft verstoßen, und darf keine Geltung erlangen. Da nun die Kompetenzfrage erst dann zur Sprache kommen würde, wenn es sich um die Erlassung eines strengeren Urtheils handelte, ein solches aber ausgeschlossen ist, so besteht keine Veranlassung, die erstere in Anregung zu bringen. Dieselbe geräth daher auch nicht mit dem dem Verbote der reformatio in pejus zu Grunde liegenden Prinzipe in Kollision[137]); dieses verbleibt vielmehr in unbeschränkter Wirksamkeit und läßt die Verweisung vor das zur Aburtheilung schwererer Reate eingesetzte Gericht als unzulässig erscheinen[138]).

Weil man die Rücksicht auf die Kompetenz und das Verbot der reformatio in pejus zu gleicher Zeit wahren wollte, hat man vorgeschlagen, daß das Appellgericht an das kompetente Gericht

---

[137]) Gerichtssaal 1853 Bd. 1 S. 480. Die Behauptung einer solchen in Goltdammer's Arch. 1860 S. 318 scheint nur in dem Falle einer wegen Inkompetenz ausdrücklich erhobenen Beschwerde zuzutreffen.

[138]) Im französ. Rechte müßte statt unmittelbarer Verweisung vor das höhere Gericht Inkompetenz-Erklärung erfolgen. Dieß will Höchster §. 198 A 1 S. 284. Dagegen sprechen sich aber fast alle französischen Schriftsteller und die Praxis aus. Vergl. Dalloz IV, 317 (Nr. 357); Morin I, 174; Trébutien II, 506; Hélie VIII, 78; für die deutschen Gesetze vergl. Planck S. 516; Stemann S. 230; Merckel im Ger.-Saal 1853 Bd. 1 S. 474; Goltdammer Archiv 1860 S. 314 ff.

Digitized by Google

verweisen, dieses aber sich jeder Verurtheilung über die früher ausgesprochene Strafe hinaus enthalten solle[139]). Darin läge aber in der That die Betretung eines Umweges, welcher doch zu keinem andern als dem schon gewonnenen Resultate führen könnte[140]).

Für das bayerische Recht behauptet, wie schon oben erwähnt wurde, Walther, und unter Bezugnahme auf denselben der Verfasser des mehrfach zitirten Aufsatzes in Goltdammer's Archiv Bd. 8 (1860) S. 320, das Appellgericht müsse vor das Schwurgericht verweisen, indem der Art. 338 (Verbot der reformatio in pejus) zum Art. 339 resp. 321 (Ordnung der Kompetenz) im Verhältniß einer lex generalis zu einer lex specialis stehe.

Der Art. 321, welcher bestimmt, daß, wenn sich bei der Verhandlung Umstände ergeben, zufolge welcher sich die That zur Aburtheilung durch das Schwurgericht eignet, die Sache entweder an das Appellationsgericht oder behufs weiterer Erhebungen an den Untersuchungsrichter zu verweisen sei, — gilt nun allerdings gemäß Art. 339 auch für das Verfahren in appellatorio, allein er kömmt nur insoferne zur Anwendung (Art. 339: „Im Uebrigen kommen ꝛc.“), als die Berücksichtigung solcher Umstände überhaupt noch zulässig ist. Nach Art. 338 darf aber denselben keine Rechnung mehr getragen werden, wenn der Beschuldigte allein die Berufung ergriffen hat, daher ist in diesem Falle auch für die Anwendung des Art. 339 resp. 321 kein Raum mehr gegeben, die materielle Bestimmung des Art. 338 steht der Berücksichtigung der formalen des Art. 339 resp. 321 im Wege. Man wende nicht ein, der Art. 321 sei dann umsonst für das Berufungsverfahren in Bezug genommen. In dem Falle, wenn der Staatsanwalt zwar die Berufung ergriffen, aber nicht den Mangel der Kompetenz gerügt hat, würde das Appellgericht zufolge der Bestimmung des Art. 337, wornach nur in den Fällen des Art. 335 und 336 von der Erkennung in der Hauptsache Um-

---

[139]) Goltdammer Archiv 1860 S. 316.

[140]) Goltdammer S. 321.

Digitized by Google

gang genommen werden darf, trotzdem daß es einen schwurgerichtlichen Reat für indizirt erachtet, doch nicht verweisen können, da es ja in der Hauptsache erkennen müßte. Dem ist aber durch die in Art. 339 bethätigte Bezugnahme auf Art. 321 vorgebeugt. Derselbe enthält daher allerdings eine Sonderbestimmung, aber nicht dem Art. 338 Abs. 1, sondern dem Art. 338 Abs. 2 und Art. 337 gegenüber. Wenn aber auch die Unzulässigkeit einer Verweisung an das nach der Ansicht des Appellgerichts zuständige Gericht, ohne daß dieß besonders beantragt wäre, aus den Worten des Gesetzes selbst nicht hervorgehen würde, so lassen uns die Motive zu dem Gesetzentwurfe auch nicht den mindesten Zweifel über die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Es heißt nämlich zu Art. 34—35 des Entwurfes:

„Das Recht, ein kreis- und stadtgerichtliches Urtheil wegen eines formellen Mangels als nichtig aufzuheben, wird dem Appellgerichte

1) blos in drei Fällen, welche die Kompetenz betreffen, und selbst in diesen

2) nur unter der Voraussetzung eingeräumt, daß der formelle Mangel den Gegenstand der Beschwerdeführung bildet.

Diese Beschränkungen wurden angemessen erachtet, weil . . . . .

zu 2) eine von Amtswegen erfolgende Kassation in manchen Fällen indirekt die Wirkungen einer reformatio in pejus herbeiführen könnte, welche durch den Art. 36 (338 des Ges.) beseitigt werden soll."

Ich glaube nicht, dieser unzweideutigen, von keiner Seite beanstandeten Aussprache über das Verhältniß des Art. 338 zu Art. 321 (u. 322) noch etwas beisetzen zu sollen[141])

---

[141]) Vergl. auch die oben (Note 135) zitirte Entscheidung in Zeitschrift

Digitized by Google

Wir haben noch den Fall in's Auge zu fassen, daß der Angeschuldigte einen Mangel der Kompetenz in örtlicher Beziehung gerügt hat, das Appellgericht aber findet, daß die Sache zur Zuständigkeit eines Gerichtes höherer Ordnung gehöre. Wäre die Beschwerde als solche nicht begründet, indem das aburtheilende Bezirksgericht ratione loci kompetent war, so muß die Berufung verworfen werden, denn der ratione materiae begründete Mangel der Jurisdiktion wird durch das Stillschweigen des Staatsanwaltes geheilt. Erscheint aber die Beschwerde als gegründet, indem das Bezirksgericht jedenfalls in örtlicher Beziehung inkompetent war, so ließe sich die Frage aufwerfen, ob nicht das Verlangen, vor ein anderes Gericht gestellt zu werden, vom Beschuldigten lediglich in der Voraussetzung erhoben wurde, daß hiedurch in der Sache selbst kein nachtheiligeres Resultat sich ergeben werde. Es steht nun allerdings nicht zu vermuthen, daß derselbe blos um der Wahrung der Kompetenz willen die Inkompetenz des aburtheilenden Gerichtes rüge, sondern daß er dabei von der Ansicht ausgehe, das zuständige Gericht werde ein für ihn günstigeres Urtheil erlassen; ebenso ist anzunehmen, daß ihm das materielle Recht, keine höhere Strafe zu erleiden, lieber ist, als das formale, vor seinen ordentlichen Richter (den Verbrechensenat oder das Schwurgericht) gestellt zu werden. Allein es darf nicht übersehen werden, daß die erhobene Beschwerde im vorliegenden Falle lediglich den Namen von der Berufung hat, im Wesen aber als Nichtigkeitsbeschwerde erscheint. Indem der Beschuldigte die Kompetenz des Unterrichters angreift, stellt er den Rechtsbestand des ganzen Verfahrens in Zweifel, und wenn der Oberrichter die erhobene Beschwerde gegründet findet, hat er nicht in der Hauptsache selbst zu erkennen, sondern das ganze Verfahren und damit nothwendig auch das Urtheil zu vernichten. Erst wenn vernichtet ist, kömmt

---

Bd. 3 S. 400, welche wegen analoger Verhältnisse ebensogut hieher bezogen werden kann.

Digitized by Google

zu untersuchen, was nun in der Sache zu geschehen habe. Es ließe sich denken, daß einem Untergerichte die Feststellung der Kompetenz zukomme.[142]) In Strafsachen wird dieser Umweg vermieden, und das vernichtende Gericht hat die entsprechende Verweisung selbst vorzunehmen. Dieser Unterschied ist aber ein rein äußerlicher, und vermag an der Thatsache nichts zu ändern, daß zu der Zeit, in welcher es sich um die Verweisung handelt, juristisch kein Verfahren und damit auch kein Urtheil mehr existirt, welches irgendwie von maßgebenden Einfluß auf die neue Verweisung sein könnte. Findet aber der Oberrichter, wenn er zur Verweisung schreitet, res integra vor, so hat er nur dasjenige Urtheil zu erlassen, das nach seiner Ueberzeugung den thatsächlichen und rechtlichen Umständen des konkreten Falles entspricht und kann ihm hierin nicht durch die Ansicht des Beschwerdeführers vorgegriffen werden. Es ist dieß um so weniger zulässig, als eine Verweisung an das Gericht, das der Letztere bezeichnet hatte, auf Umwegen zu dem gleichen Resultate führen würde. Wollte sich nemlich das Appellationsgericht durch die Entscheidung des inkompetenten Untergerichtes quoad materialia als gebunden erachten und nur an das betreffende Untergericht gleicher Ordnung verweisen, so würde dieses doch auch zu der Ansicht des Appellgerichtes in materieller Beziehung gelangen können, worauf es sich für inkompetent erklären und die Sache an das Gericht verweisen müßte, welches ratione materiae das kompetente ist.[143])

---

[142]) Trébutien a. a. O. S. 567.

[143]) Da das Appellgericht seine Anschauung in den Entscheidungsgründen niedergelegt haben wird, so ist zu vermuthen, daß auch das neu befaßte Untergericht dieselbe theilen, jedenfalls aber die betreffenden Staatsanwälte sich dadurch veranlaßt sehen werden, im gegentheiligen Falle die Sache durch den Gebrauch der entsprechenden Rechtsmittel schließlich zur Kognition des obersten Gerichtshofes zu bringen. Dieser würde dann die Sache, wenn die Anschauung des Appell-

Digitized by Google

Für das bayerische Recht kömmt außer diesen allgemeinen Erwägungen, noch insbesondere das Verhältniß der Art. 335 bis 338 in Betracht. Wenn nemlich eine nach Art. 335 oder 336 erhobene Beschwerde für gegründet befunden wird, — und dieß ist der Fall, wenn das Untergericht ratione loci inkompetent war, — so ist nach Art. 337 nicht in der Hauptsache zu erkennen; das in Art. 338 enthaltene Verbot der reformatio in pejus bezieht sich aber nur auf die Fälle, in welchen in der Hauptsache erkannt wird, indem eine Abänderung des vorigen Urtheils nicht anders als durch einen Spruch in der Sache selbst bethätigt werden kann.

§. 13.

Fortsetzung.

Sehen wir von dem Falle der Inkompetenz des Unterrichters ab, so hat, wie schon oben erwähnt wurde, das Appellgericht auf Grund des Art. 338 die Berufung zu verwerfen, wenn das unterrichterliche Urtheil entweder den Umständen des Falles entspricht, oder als zu hart erscheint. Irrelevant ist es dabei, daß die vom Unterrichter irriger Weise festgestellten Thatsachen oder beliebte Qualifikation zu einem gelinderen Strafausspruche führen würden, als dieser ihn erlassen hat; denn der Oberrichter hat den Art. 338 nicht auf die einzelnen Faktoren, sondern auf die Totalentscheidung als solche anzuwenden.[144]) Deshalb kann er auch, wenn ihm die Entscheidung des Untergerichts zu hart dünkt,

---

gerichts die richtige war, doch schließlich an das ratione loci et materiae zuständige Gericht gelangen lassen; während, wenn die Ansicht des Appellationsgerichtes unrichtig gewesen wäre, das von ihm befaßte, nach seiner Ansicht zuständige Gericht voraussichtlich zu der richtigen Anschauung kommen, und so in Wirklichkeit gar kein Nachtheil für den Beschwerdeführer sich ergeben würde.

[144]) Siehe oben § 8.

Digitized by Google

zwar der Berufung statt geben, aber unabhängig von der Motivirung derselben jede beliebige Aenderung in den Feststellungen und Ausführungen des Unterrichters vornehmen. So kann er der in Frage stehenden That eine andere Qualifikation geben, daher z. B. statt Diebstahl Betrug oder Unterschlagung als gegeben erachten.[145])

In dieser umfassenden Aenderungsbefugniß begegnen wir jedoch einer Schranke. Wenn sich nemlich durch die vom Appellrichter vorgehabte Aenderung in der Qualifikation wegen der besonderen Bestimmungen über (Rückfall oder) Gewohnheitsverbrechen eine schwerere Strafe ergeben würde, so hat dieselbe zu unterbleiben, und die Berufung muß verworfen werden, wenn auch der jetzt zur Kognition vorliegende Reat für sich allein nach der oberrichterlichen Auffassung eine gelindere Strafe begründen würde, als der Unterrichter sie verhängt hat.

Diese Rücksicht kann jedoch nicht soweit gehen, daß man dabei die Möglichkeit der späteren Begehung gleichartiger oder ähnlicher Uebertretungen, wie die vom Appellgericht angenommenen, durch denselben Beschuldigten in's Auge faßt;[146]) denn weder der Gesetzgeber noch der Richter dürfen bei der Sanktionirung, resp. Verhängung einer Strafe voraussetzen, daß der Nämliche abermals zur Bestrafung kommen werde.

Dagegen erscheint eine Aenderung in der Qualifikation als unzuläßig, wenn mit der Annahme eines bestimmten Reates an

---

[145]) Sitz.-Ber. Bd. 3 S. 385; Zeitschrift Bd. 7 S. 23, 203; Dalloz IV, 320 (Nr. 360); Morin I, 174; Hélie VIII, 80; Goltdammer Archiv Bd. 3 S. 821; aber Schwarze im Ger.-Saal 1857 Bd. 1 S. 450 ff.; dagegen Goltdammer a. a. O. S. 330; Mittermaier Gesetzgebung S. 639; vergl. auch noch Schletter Jahrbücher f. Rechtswiss. u. Gesetzgeb. 1860 Bd. 6 S. 234 (64. Berlin) und unter den Aelteren Stübel §. 3229.

[146]) Dieß will Schwarze im Ger.-Saal 1857 Bd. 1 S. 457; siehe aber Goltdammer a. a. O. S. 330.

Digitized by Google

sich schon ein Strafübel für den Beschuldigten verbunden wäre, welches sich nach der unterrichterlichen Auffassung nicht ergab, während im Uebrigen die Strafe nicht erhöht werden müßte, was z. B. der Fall sein könnte, wenn der Oberrichter statt Selbsthilfe Diebstahl annehmen wollte. Da mit der bloßen Verurtheilung wegen bestimmter Reate gewisse Ehrenfolgen verbunden sind, es auch nicht in der Macht des Richters liegt, diese auszuschließen,[147]) so hat jede Veränderung des unterrichterlichen Urtheils zu unterbleiben, welche den Eintritt derselben nach sich ziehen würde. Sind sie für den Beschuldigten schon in Folge früherer Verurtheilung eingetreten, so fällt das Hinderniß, welches der richtigen Qualifikation im Wege stand, hinweg.

Für das bayerische Recht ist ferner die Frage in Betracht zu ziehen, ob der Appellrichter auf oder ohne Antrag des Verurtheilten die Dauer der vom Unterrichter verhängten Strafe durch Anwendung einfacher oder doppelter Schärfung herabsetzen dürfe. Die Beantwortung derselben hängt davon ab, ob die Abkürzung der Strafdauer durch Schärfung der abgekürzten Zeit als eine bloße Strafänderung oder als Vergünstigung des Beschuldigten aufzufassen ist. Dabei kann nicht dessen Anschauung, sondern nur die des Gesetzgebers als maßgebend erachtet, daher auch auf die in dieser Beziehung ausgesprochenen Wünsche des Angeschuldigten keine Rücksicht genommen werden. Die Frage kömmt nur bei Vergehen in Betracht. Rücksichtlich dieser heißt es in den Anmerkungen zu Artikel 30 des Strafgesetzbuches Theil I:

> „Bei Vergehen .... fand sich der Gesetzgeber bewogen, auf den Nahrungsstand und die Familie des Schuldigen Rücksicht zu nehmen, und eine Abkürzung der Strafzeit mittels Anwendung der bestimmten Schärfungsarten zu verstatten."

[147]) A. M. Goltdammer a. a. O.; siehe aber Blätter für Rechtsanw. Bd. 17 S. 16.

Digitized by Google

Daraus geht hervor, daß der Gesetzgeber in einer solchen Abkürzung eine Vergünstigung des Schuldigen erblickt, welche derselbe etwa mit Rücksicht auf seine Bequemlichkeit oder gar in dem verwerflichen Streben nach möglichst langer Versorgung[148]) so wenig zurückweisen, als er sich freiwillig einer höhern oder überhaupt einer Strafe unterwerfen kann. Die Abkürzung der Strafzeit durch Anwendung einer Schärfung ist daher in das Ermessen des Oberrichters gegeben, es mag der Beschuldigte darum gebeten haben oder nicht.[149])

Daß das Appellgericht im Falle der Berufung des Beschuldigten noch einen gelinderen Ausspruch erlassen, als dieser beantragte und selbst freisprechen könne, ohne daß darum gebeten ist, versteht sich nach dem Gesagten von selbst.[150])

Hat sich endlich das Untergericht zum Nachtheil des Beschuldigten geirrt, es kann aber die richtige Entscheidung nur von einem Gerichte höherer Ordnung abgegeben werden, — was bei Preßsachen der Fall ist, — so wird das Appellgericht an das kompetente Gericht — nemlich das Schwurgericht — verweisen müssen. In diesem Falle kann es sich zwar ereignen, daß von dem letzteren ein Strafübel (Geldstrafe) verhängt wird, welches von dem Bezirksgerichte nicht zuerkannt war, so daß durch die Verweisung eine reformatio in pejus veranlaßt würde, allein der Umstand, daß die dem Angeschuldigten nachtheilige Entscheidung des Untergerichts, wenn er sich dagegen beschwert, keinenfalls aufrecht erhalten, die richtige aber nur von einem andern Gerichte abgegeben werden kann, läßt die Rücksicht auf eine etwaige reformatio in pejus in den Hintergrund treten.

---

[148]) Dem Verfasser ist es vorgekommen, daß ihm ein Beschuldigter auf die Bemerkung, derselbe werde mit einer Gefängnißstrafe von ein Paar Monaten durchkommen, mit trauriger Miene entgegnete, er habe gehofft, doch wenigstens ein Jahr Arbeitshaus zu erhalten.

[149]) Sitz.-Ber. Bd. 3 S. 437.

[150]) Ger.-Saal 1853 Bd. 1 S. 480.

Digitized by Google

Zudem dürfte es kaum vorkommen, daß der Angeschuldigte unter so bewandten Umständen die Stellung vor das Schwurgericht nicht selbst begehrte, in welchem Falle dann, wie oben (S. 57) ausgeführt wurde, die Verweisung vor dasselbe keinem Anstande unterliegt. Auch ließe sich sagen, daß ein solcher Antrag, wenn nicht ausdrücklich, doch implicite gestellt sei, indem der ein milderes Urtheil begehrende Angeschuldigte jedenfalls die Vorbedingung desselben, nemlich die Stellung vor's Schwurgericht wolle.

§. 14.

Grenze des Devolutiveffekts bei der Berufung gegen ein mehrere strafrechtliche Verhältnisse erledigendes Urtheil. Wirkungen des Art. 338.

Die umfassende Devolutivkraft der Berufung bezieht sich nach den bisherigen Ausführungen zwar auf die Totalität der Entscheidung über Ein strafrechtliches Verhältniß, nicht aber auf die Totalität eines bezirksgerichtlichen Strafurtheiles überhaupt. Sind mehrere strafrechtliche Verhältnisse Gegenstand desselben gewesen, so tritt die aus der Natur der Sache (siehe oben §. 5) folgende Theilbarkeit und theilweise Rechtskraft der Erkenntnisse wieder wirksam in den Vordergrund, woraus sich dann die Unstatthaftigkeit einer reformatio in pejus bezüglich der nicht angefochtenen Erkenntnißtheile von selbst ergibt.

Wenn daher der Staatsanwalt nur rücksichtlich des einen von mehreren Angeschuldigten die Berufung ergriffen hat, so kann das Appellgericht, selbst wenn es finden sollte, daß der nämliche Grund, welcher eine Abänderung des bezirksgerichtlichen Urtheiles gegenüber dem ersten erheischt, auch bei den übrigen zutreffe, doch keine Aenderung — weder zum Nachtheil, noch zu Gunsten der Uebrigen — mehr vornehmen. Ebenso verhält es sich im Falle der Beruhigung des einen der Beschuldigten, während der oder die übrigen die Berufung ergriffen haben.[151])

[151]) Zeitschrift Bd. 6 S. 192.

Digitized by Google

Bezieht sich das strafrechtliche Urtheil auf mehrere Reate Eines Angeschuldigten und sind dieselben durch gesonderte Aussprüche erledigt worden, was dann der Fall ist, wenn bezüglich des einen verurtheilt; bezüglich des andern freigesprochen, oder wegen des einen eine Freiheits-, wegen des andern eine Geldstrafe verhängt ist [152]), so läßt wieder die Berufung wegen des einen Ausspruches den anderen unberührt. Im letzten Falle darf das Appellgericht bei einer unbeschränkt eingelegten Berufung des Verurtheilten das Urtheil nur rücksichtlich des Reates reformiren, bezüglich dessen sich das Bezirksgericht zum Nachtheil des Beschuldigten geirrt hat.

Anders verhält es sich dagegen, wenn im Falle der Verurtheilung wegen zweier oder mehrerer Reate nur eine Gesammtstrafe ausgesprochen wird. Diese erscheint nach den Bestimmungen des Art. 108 und 109 des Strafgesetzbuches Theil I in Verbindung mit dem Marginale zu Art. 107 als das einheitliche Strafübel, womit die sämmtlichen Uebertretungen abgebüßt werden. [153]) Der Strafausspruch ist integrirender Bestandtheil der Entscheidung über alle Reate, er kann wegen der Beschaffenheit der Berufung nicht allein angefochten werden, daher wird durch die Berufung auch nur wegen eines Reates immer die ganze Entscheidung über alle übrigen der Kognition des Appellgerichtes unterworfen. [154]) Dieses hat nur rücksichtlich der Urtheilsfällung

---

[152]) Diebstahlvergehen in realer Konkurrenz mit einem Münzvergehen nach Art. 428 Abs. 2 des St.-G.-B. Th. 1.

[153]) Gegen diese Auffassung kann auch der Umstand nicht geltend gemacht werden, daß im Falle des Art. 109 Abs. 1 das einheitliche Strafübel durch einfache Addition erzielt wird, denn im Prinzip erscheint die Konkurrenz dem Gesetzgeber als ein Schärfungsgrund bei Ausmessung des einheitlichen Strafübels. Vgl. das Marginale zu Art. 107 und die Anmerk. dazu Bd. 1 S. 252—3; Zeitschrift Bd. 2 S. 207 Note.

[154]) Zeitschrift Bd. 4 S. 25, 90; Bd. 6 S. 192; Bd. 7 S. 23, 203.

Digitized by Google

die eine aus Art. 338 folgende, auf das einheitliche Strafübel Bezug habende, Schranke zu wahren.[155]) Findet es bei seiner das Ganze ergreifenden Prüfung, daß der Beschuldigte wegen des einen Reates zwar milder, wegen des andern aber strenger hätte beurtheilt werden sollen, so darf es seiner Ueberzeugung durch entsprechende Einrichtung des Urtheils Ausdruck geben. Es muß jedoch, um die Schranke des Art. 338 zu beobachten, behufs Erlassung eines Gesammtausspruches zuvörderst die beiden Reate getrennt in's Auge fassen und für jeden derselben diejenige Strafe festsetzen, welche nach seiner Meinung den thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen entspricht. Wenn hierauf die nach den Regeln über Konkurrenz berechnete Gesammtstrafe ein strengeres Resultat ergibt, als dasjenige ist, zu welchem das Bezirksgericht gelangte, so ist die Berufung zu verwerfen. Ergibt sich dagegen das gleiche oder ein geringeres Resultat, so ist die so berechnete Strafe auszusprechen.

Bei diesem Verfahren kann es sich nun allerdings ereignen, daß der Oberrichter eine Handlung, welche der Unterrichter als Vergehen oder als geringer qualifizirtes Verbrechen bezeichnete, als Verbrechen oder höher qualifizirtes Verbrechen charakterisirt, und man möchte darin vielleicht eine unstatthafte reformatio in pejus erblicken. Dem gegenüber kommt aber in Betracht, daß sich nach den bisherigen Ausführungen weder aus der Natur der Berufung, noch der Theilbarkeit des Erkenntnisses in unserem Falle die Unzulässigkeit einer solchen Aenderung ergibt, daß aber das in Art. 338 enthaltene Verbot, wie schon aus dessen allgemeiner Fassung hervorgeht, sich nicht auf die Faktoren, sondern auf das Resultat der Entscheidung bezieht. Es beabsichtigt nur

---

[155]) A. M. Planck S. 633, dessen Auffassung aber für das bayer. Recht um so weniger Geltung erlangen kann, als er durch die Konkurrenz nicht einmal eine Aenderung der Gerichtsbarkeit begründen läßt, und die in Folge derselben verwirkte höhere Strafe von dem hiezu nicht kompetenten Niedergerichte ausgesprochen wissen will.

Digitized by Google

den unbefriedigenden Erfolg eines Rechtsmittels, daß der Angeschuldigte durch dessen Gebrauch schlechter wegkomme, als wenn er sich beruhigt hätte, zu beseitigen. Dieß wird bei obigem Verfahren vollkommen erreicht.

Wenn jedoch der vom Oberrichter strenger als vom Unterrichter beurtheilte Reat nach der oberrichterlichen Auffassung eine absolute Strafe nach sich zieht, während auf den leichtern eine Freiheitsstrafe anderer Gattung gesetzt ist, so müßte an sich eine äußere Schärfung mit der auf den schwereren Reat gesetzten absoluten Strafe verbunden werden. Dieß wäre ein Strafübel, das vom Unterrichter nicht verhängt worden war, und darf daher vom Oberrichter nicht in Anwendung gebracht werden. In diesem Falle kann es allerdings vorkommen, daß die vom Oberrichter ausgesprochene Strafe den angenommenen Reaten nicht entspricht, allein die hiebei entstehende Inkonvenienz ist doch gewiß eine viel geringere, als wenn man dem Oberrichter nur bezüglich des Reates eine Abänderung gestattete, bezüglich dessen der Unterrichter zu streng geurtheilt hat.

Einige Beispiele mögen das Verständniß vorstehender Sätze erleichtern. A wird vom Bezirksgerichte wegen Verbrechens des einfachen Betruges und Vergehen des Diebstahles zu einem Jahre geschärften Arbeitshaus verurtheilt. Das Appellgericht findet auf erhobene Berufung des A, daß der Betrug sich allerdings nur als ein Vergehen qualifizire, der Diebstahl dagegen wegen Einbruches ein ausgezeichneter und daher Verbrechen sei. Hier muß die Berufung verworfen werden, weil die sich nach der oberrichterlichen Auffassung ergebende Gesammtstrafe unter allen Umständen eine härtere wäre, als die vom Unterrichter ausgesprochene.

Dem A wird es ferner gleichgiltig sein, ob er wegen eines in X begangenen Verbrechens und eines in Y begangenen Vergehens des Diebstahles zu zwei Jahren Arbeitshaus verurtheilt, oder ob die nemliche Strafe über ihn verhängt wird, weil der Reat in Y als ein Verbrechen und der in X als ein Vergehen aufgefaßt wird; er wird das Erkenntniß, welches ihn we-

Digitized by Google

gen Verbrechens des ausgezeichneten Betruges zweiter Klasse und Vergehen des Diebstahls zu 5 Jahren Arbeitshaus verurtheilt, dem vorziehen, welches über ihn wegen Verbrechens des ausgezeichneten Diebstahls und Vergehens des Betruges sechs Jahre Arbeitshaus verhängte.

Wurde A vom Bezirksgerichte wegen Verbrechens des ausgezeichneten Diebstahles und Vergehens des Betruges zu fünf Jahren Arbeitshaus verurtheilt, so hat ihn das Appellgericht, wenn es findet, daß der Diebstahl ein Vergehen, der Betrug aber ein Verbrechen sei, zu einem Jahre (nicht geschärften) Arbeitshaus zu verurtheilen.

Auch hier findet, wie bei der Verurtheilung wegen Eines Reates die Aenderung der Qualifikation eine Schranke, wenn damit Ehrenfolgen eintreten würden, welche sich nach dem unterrichterlichen Urtheile nicht ergeben haben.

Digitized by Google

B. Bei der Nichtigkeitsbeschwerde.

§. 15.

Gegenstand derselben und Charakter des schwurgerichtlichen Urtheiles insbesondere.

Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sind schwurgerichtliche und appellationsgerichtliche Erkenntnisse.[156]) Dieselben haben wie bezirksgerichtliche Urtheile alle Eigenschaften eines strafrechtlichen Urtheiles überhaupt, das Rechtsmittel ist bei beiden das Gleiche, an sich würde daher die Frage, inwieweit durch die gegen dieselben ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde eine reformatio in pejus herbeigeführt werden könne, mit wenigen, jedenfalls nicht prinzipiellen Ausnahmen, rücksichtlich beider gemeinschaftlich behandelt werden können.

Da sich aber in Bezug auf die Natur der appellationsgerichtlichen Erkenntnisse, namentlich in der neuern Praxis des Kassationshofes eine andere Anschauung geltend gemacht hat, so wollen wir zunächst die Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse in's Auge fassen, und dann untersuchen, ob sich bezüglich der appellationsgerichtlichen ein anderes Resultat ergebe.

Bei schwurgerichtlichen Urtheilen tritt die Theilbarkeit der That- und Rechtsfrageentscheidung äußerlich hervor; ebenso können mehrere strafrechtliche Verhältnisse eines oder mehrerer Angeklagten darin erledigt werden. Daraus ergibt sich die Möglichkeit

---

[156]) St.-P.-G. Art. 230, 361, 362.

Digitized by Google

einer getrennten Anfechtung dieser Theile und damit die Unzulässigkeit einer reformatio in pejus bezüglich der nicht angefochtenen.

Wegen der Natur des Rechtsmittels kann aber die Theilbarkeit in der Richtung auf die Verbescheidung mehrerer strafrechtlicher Verhältnisse zessiren müssen, anderseits eine reformatio in pejus in den angefochtenen Theilen der Entscheidung möglich werden.

§. 16.

Natur der Nichtigkeitsbeschwerde.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nach bayerischem Rechte das einzige ordentliche Rechtsmittel, durch welches schwurgerichtliche Erkenntnisse angefochten werden können. Sie hat die Bestimmung, etwa begangene Fehler aufzudecken und eine Vernichtung des von dem vorgefundenen Fehler berührten Verfahrens oder Urtheils sowie nochmalige Verhandlung und Aburtheilung der Sache herbeizuführen. Bei derselben ist der der Natur eines Rechtsmittels überhaupt entsprechende Charakter im Allgemeinen festgehalten;[157]) es ergibt sich daher bei der an sich bestehenden Präsumtion für die Förmlichkeit gerichtlicher Verhandlungen und die Richtigkeit der denselben folgenden Entscheidungen das Erforderniß der Angabe von Beschwerdepunkten und die Beschränkung der kassationsgerichtlichen Prüfung auf diese von selbst. Deshalb muß es uns befremden, wenn wir in den Motiven zu dem schon mehrfach erwähnten Gesetzentwurfe „die Rechtsmittel gegen die vom Assisenhofe[158]) erlassenen Urtheile betreff.“, die letztere aus dem Bestreben des Gesetzgebers erklärt finden, die Lage des Angeklagten den überwiegenden Angriffskräften des anklagenden Staates gegenüber möglichst zu erleichtern. Der angegebene Grund mochte ihn bestimmen, die Angabe von Beschwerdepunkten durch den Staats-

---

[157]) Walther, Lehrbuch S. 439.

[158]) Verh. d. G. A. d. K. d. A. Beil.-Bd. 1. S. 380.

Digitized by Google

anwalt auch bei der Berufung zu verlangen, die er so gestaltet hatte, daß sich das erwähnte Erforderniß nicht von selbst ergab, dieser Grund mochte für ihn die Veranlassung sein, dem Beschuldigten auch bei der Nichtigkeitsbeschwerde die Motivirung zu erlassen; gewiß wird uns aber eine solche Bemerkung in den Motiven zum Gesetze nicht veranlassen, über der erwünschten Nebenfolge einer gesetzlichen Bestimmung den wahren Grund derselben zu übersehen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde hat einen verschiedenen Charakter, je nachdem sie wegen eines Fehlers im Verfahren oder eines solchen in der Urtheilsfällung ergriffen wurde.

1) Möglichkeit einer reformatio in pejus bei der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Formfehler.

§. 17.

a) wegen Formfehler im ersten Stadium der Verhandlung.

Wenn bei dem Verfahren, wodurch die öffentliche Sitzung vorbereitet wurde, oder vor dem Schwurgerichtshofe oder bei Schöpfung des Wahrspruches eine wesentliche Förmlichkeit verletzt wurde, so steht nur dem Angeklagten die Nichtigkeitsbeschwerde zu.[159]) Er hat sie in unbeschränkter Weise und braucht nicht einmal Beschwerdepunkte zu bezeichnen. Hat er es doch gethan und wegen eines bestimmten Formfehlers vor Abgabe des Wahrspruches querulirt, so hat der oberste Gerichtshof nichts desto weniger von Amtswegen zu prüfen, ob jede wesentliche Förmlichkeit beobachtet worden sei.[160]) Findet derselbe, daß der

---

[159]) St.-P.-G Art. 230.

[160]) St.-P.-G. Art 245 I. Man mag darin mit Walther — Rechtsmittel Bd. 1 S. 97 — eine Umkehrung des normalen Verhältnisses des Einzelwillens zum Gesammtwillen erblicken, — mir scheinen diese Bestimmungen des bayerischen Rechtes einem praktischen Bedürfnisse zu entsprechen Da schwurgerichtliche Erkenntnisse nur mit

Digitized by Google

angeregte Fehler wirklich vorhanden und wesentlich sei, oder daß ein anderer Fehler von gleicher Beschaffenheit vorliege, so ist das angegriffene Urtheil zu vernichten, [161]) und die Sache nach dem Ermessen des Gerichtshofes entweder an das Schwurgericht eines andern Appellationsgerichts oder in die nächste Sitzung desselben Schwurgerichtshofes, welcher das frühere Urtheil erlassen hat, zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung zu verweisen. [162])

Die neue Verhandlung findet auf Grund des Verweisungserkenntnisses und der früheren Anklageschrift Statt.

Da nun das Ergebniß der früheren Verhandlung beseitigt ist und neu verhandelt wird, so kann der neubefaßte Schwurgerichtshof auf Grund der zweiten Verhandlung leicht zu einem härteren Resultate für den Angeschuldigten gelangen, als der erste; es ist daher dem Wesen nach in jeder Vernichtung eines schwurgerichtlichen Urtheiles wegen Formfehler vor Abgabe des Wahrspruches eine reformatio in pejus enthalten, wenn dasselbe nicht schon die nach den Umständen höchstmögliche Strafe ausgesprochen hat. (§. 1 S. 11.)

Die analoge Anwendung des Art. 338 auf die neue Urtheilsfällung [163]) erscheint aus dem Grunde als unzulässig, weil eine durch Gesetzesanalogie auszufüllende Lücke des Gesetzes nicht vorliegt. [164]) Es frägt sich daher, ob nicht durch die Einricht-

---

der Nichtigkeitsbeschwerde und nur wegen juristischer Fehler angefochten werden können, so dürfte es als eine billige Rücksicht auf den nicht immer zum Besten berathenen Angeklagten erscheinen, wenn man ihm einerseits die allgemeine Anfechtung gestattet, und andererseits die Bezeichnung eines besonderen Fehlers vor Abgabe des Wahrspruches einer allgemeinen Anfechtung in den Wirkungen gleichachtet.

[161]) St.-P.-G. Art. 247.

[162]) St.-P.-G. Art. 248 1.

[163]) Walther, Rechtsmittel Bd. 2 S. 116 mit 114.

[164]) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten §. 25 Bd. 1 S. 63.

Digitized by Google

ung des vernichtenden Erkenntnisses diesem unbefriedigenden Resultate vorgebeugt werden könne.

Bei jeder Uebertretung lassen sich mit Rücksicht auf den objektiven und subjektiven Thatbestand mehrere Grade der Strafbarkeit denken, und eine Anklage, welche auf den höhern Grad gerichtet ist, begreift eventuell auch alle geringern in sich. Wird nun lediglich wegen eines relativ niederen Grades verurtheilt, so könnte das Strafrecht des Staates in Bezug auf den relativ höhern als konsumirt erscheinen, so daß die Anklage im Falle einer Wiederholung der Verhandlung gar nicht mehr auf den höheren Grad gerichtet werden könnte. Darnach würde sich in Bezug auf den aberkannten Theil des Strafrechts eine Abänderung zum Nachtheil des Beschuldigten nicht mehr denken lassen.

Allein der Möglichkeit einer solchen Theilung steht die Natur der Nichtigkeitsbeschwerde entgegen. Mit derselben tritt der Angeklagte gegen den Bestand des ganzen Verfahrens auf. Er kann nicht die nämlichen Handlungen in einer Beziehung als nichtig anfechten, in einer andern als giltig anerkennen. Es steht in seiner Macht, die begangenen Unförmlichkeiten durch seinen stillschweigenden oder ausdrücklichen Verzicht zu heilen, macht er sie aber geltend, dann kann er nicht zugleich deren Ignorirung verlangen. [165])

---

[165]) Morin répert. I. p. 360 referirt, daß über diese Frage großer Streit herrsche, und sich für die eine wie die andere Meinung verschiedene oberstrichterliche Entscheidungen fänden. Er führt auch an, daß die Ansicht, welche hier eine Theilung versuchen wollte, heftig angefochten wurde, entschließt sich aber doch endlich zu dem Satze: „le principe qui doit dominer, à notre avis, est l'autorité de la chose jugée, que la raison écrite et les plus hautes considérations, surtout en matière criminelle placent au-dessus de tout autre intérêt." Allein die Gründe, die er vorbringt, laufen alle auf eine erst zu beweisende theilweise Rechtskraft und auf Billigkeitserwägungen hinaus. Er findet sofort selbst, daß sein Prinzip

Digitized by Google

Selbst dann, wenn der angeregte Formfehler nachweisbar auf die Entscheidung, soweit sie dem Angeklagten günstig ist, von keinem Einflusse war, wenn z. B. trotz des bestimmt formulirten Antrages des Angeklagten oder seines Vertheidigers eine Unterfrage bezüglich eines rechtserheblichen Umstandes nicht gestellt,[166]) dagegen nur die Frage auf einen niederen Grad, als die Anklage lautete, von den Geschwornen bejaht wurde, kann eine Theilung des Urtheiles in die dem Angeklagten günstige und ungünstige Entscheidung,[167]) daher auch eine theilweise Vernichtung nach dem dermaligen Stande der Gesetzgebung nicht gerechtfertigt werden.[168]) Fassen wir zunächst das vom Schwurgerichtshofe abzugebende Endurtheil in's Auge, so läßt sich darin schon aus äußeren Gründen keine Theilung vornehmen, weil der Angeklagte, wenn er eines niederen Grades für schuldig befunden ist, nicht von dem höheren freigesprochen wird, das Erkenntniß vielmehr nur die Verurtheilung wegen des niederen Grades enthält.[169]) Aber

---

nicht durchgreife, indem die neubefaßten Geschwornen die von den früheren verneinte Frage auf circonstances aggravantes bejahen könnten. In dieser Beziehung ist Dalloz a. a. O. S. 319—20 konsequenter. Vergleiche übrigens die treffende Ausführung bei Trébutien a. a. O. S. 568 ff; Planck S. 552 (Note 14); die im Text festgehaltene Ansicht scheint auch Walther im Lehrbuch S. 445 Note ††† zu theilen.

166) Diese viel besprochene Kontroverse wird zwar von der Praxis im gegentheiligen Sinne entschieden, aber gewiß gegen die Natur der Sache, den Geist und Wortlaut des Gesetzes. Vergl. Walther Lehrbuch S. 340 und die Litteratur in Note **.

167) Eine solche Ausscheidung wurde in einem in Zeitschrift Bd. 3 S. 73 mitgetheilten Falle vom Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe beantragt. Letzterer kam aber nicht in die Lage, sich darüber aussprechen zu müssen. Vergl. auch Stemann a. a. O. S. 253.

168) Siehe aber unten § 31.

169) Vergl. für das bayer. R. die Gesetzeskraft habende Verord. v. 1. Febr. 1814 bei Doppelmaier (1847) S. 137; Sitz.-Ber. B. 5 S. 90.

Digitized by Google

auch der Wahrspruch der Geschwornen leidet, wenn nicht eine positive Vorschrift es anordnet, keine Theilung im erwähnten Sinne.

Allerdings werden den Geschwornen bezüglich der mehreren Grade der Verschuldung gesonderte Fragen gestellt, allein dieß geschieht nur aus äußeren Gründen, um ihnen ihre Thätigkeit zu erleichtern, um unvollständige oder widersinnige Wahrsprüche zu vermeiden. Diese Trennung ist nur das Erzeugniß der positiven Gesetzgebung; in England, dem Mutterlande des Geschwornengerichts, werden die Geschwornen nur gefragt, ob der Angeklagte des in der Anklageschrift (indictment) bezeichneten Verbrechens schuldig sei oder nicht.[170]) Im Wesen ist es die eine, in einer einzigen Erscheinung der Außenwelt angehörende verbrecherische Handlung, welche den Gegenstand des Wahrspruches bildet, in Bezug auf welche der Angeklagte nicht zugleich als schuldig und als nichtschuldig befunden werden kann.

---

[170]) Vergl. Mittermaier das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren §. 27 S. 446; Biener das engl. Geschw.-Ger. Bd. 2 S. 159, welcher auch die Formel angibt, mit welcher die Geschwornen nach der Beeidigung von dem clerk of Arraigns (greffier, Gerichtsschreiber) auf ihre Pflicht aufmerksam gemacht werden. Sie lautet: „You of the jury — look upon the prisoner — He is indicted —; upon this indictment he hath pleaded not Guilty and hath put himself upon God and the country. Your charge is to enquire, whether he be guilty in manner and form, as he stands indicted, or not guilty.“ (Ihr von der Jury, — schauet auf den Angeklagten — Er ist beschuldigt (der und der That); auf diese Anklage hat er erklärt, nicht schuldig zu sein (wenn er sich schuldig erklärt, urtheilen keine Geschwornen — Mittermaier a. a. O. S. 352 ff.), und hat sich Gott und dem Lande unterworfen. Euere Aufgabe ist, zu untersuchen, ob er schuldig sei in der Art und Weise, wie er angeklagt dasteht, oder nichtschuldig.)

Digitized by Google

Für das bayerische Recht kömmt sodann die Bestimmung des Art. 248 I Abs. 4 in Betracht:

„Die neue Verhandlung findet auf den Grund des Verweisungserkenntnisses und der früheren Anklageschrift Statt.“

Dieselbe lautet allgemein und leidet bei dem Mangel einer gegentheiligen Vorschrift keine Beschränkung. Daran vermag auch der Art. 247, nach welchem das Urtheil, insoferne sich die Nichtigkeitsbeschwerde auf die eine oder andere der darin enthaltenen Verfügungen beschränkt, nur theilweise zu vernichten ist, nichts zu ändern, da derselbe mehrere selbstständige Verfügungen voraussetzt, die Antworten der Geschwornen aber auf die ihnen in Bezug auf eine Handlung gestellten Fragen nach dem Obigen nicht als solche erscheinen.

Daß eine derartige Trennung des Urtheils gar nicht gewollt wurde, geht aus mehreren Aeußerungen hervor, welche bei der Berathung des Gesetzes von Seite der Gesetzgebungsfaktoren gemacht wurden.

Der Art. 4 des Gesetzentwurfes bestimmte, daß im Falle eines Todesurtheiles die Akten ex officio dem obersten Gerichtshofe eingesandt werden sollen, damit dieser prüfe, ob das Verfahren der Ordnung gemäß vor sich gegangen, eine Bestimmung, die offenbar im Interesse des Angeschuldigten getroffen ist. Der Referent über diesen Gesetzentwurf in dem Gesetzgebungsausschusse der Kammer der Abgeordneten wollte die Bestimmung auf Kettenstrafe und mindestens 20jährige Zuchthausstrafe ausdehnen, nahm aber seinen Antrag auf die Entgegnung des Justizministers zurück, daß in Folge dieser Modifikation eine bei der Todesstrafe nicht mehr Platz greifende reformatio in pejus möglich werden könnte, welche nach Sinn und Geist des Gesetzes, sobald der Angeklagte bei dem Erkenntnisse sich beruhige, nicht stattfinden dürfe[171]).

[171]) V. d. G.-A. d. K. d. A. Prot.-Bd. 1 S. 213, 215.

Digitized by Google

Einem ähnlichen Antrage in dem Gesetzgebungsausschusse der Kammer der Reichsräthe wurde in gleicher Weise begegnet [172]).

Für den Fall, daß durch ein Erkenntniß mehrere Angeklagte verurtheilt würden, nur einer von ihnen die Nichtigkeitsbeschwerde ergreife, und diese als begründet erachtet werde, beabsichtigte der Referent im G.-A. d. K. d. A. eine Vernichtung bezüglich aller Angeschuldigten, ein Antrag [173]), welchem sich die übrigen Ausschußmitglieder in der Erwägung nicht anschlossen, „daß .... anderseits .... durch die beantragte Vernichtung des Erkenntnisses bezüglich aller Mitangeklagten diese ohne ihren Willen in die schlimme Lage kämen, das Peinliche des öffentlichen Prozesses noch einmal durchmachen zu müssen und möglicher Weise zu einer härteren Strafe als zuvor verurtheilt zu werden." Im Falle einer durchgesetzten Nichtigkeitsbeschwerde sollte also dem neubefaßten Richter freier Spielraum in der Fassung seines Erkenntnisses, folglich auch die Ausfällung eines härteren Urtheils eingeräumt werden [174]). In gleichem Sinne faßt die Praxis die erwähnte Bestimmung des Art. 248 auf. In einem in den Sitzungsberichten Bd. 2 S. 347 (LXXIII) mitgetheilten Falle hatte ein wegen Brandstiftung ersten Grades Verwiesener, aber nur wegen Brandstiftung zweiten Grades Verurtheilter die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen. Dieselbe wurde für begründet erachtet, das Urtheil kassirt, Querulant aber nach der zweiten Verhandlung wegen Brandstiftung ersten Grades zum Tode verurtheilt. Diese Entscheidung ist sehr hart, „mais .... elle est la consequence ... nécessaire de ce principe, qu'on ne peut pas morceler l'appreciation d'un fait" [175]).

---

[172]) V. d. G.-A. d. K. d. R.-R. Prot.-Bd. 3 S. 139, 141.

[173]) V. d. G.-A. d. K. d. A. Prot.-Bd. 1 S. 215.

[174]) Vergl. auch St.-P.-O. des Königr. Sachsen v. 1. August 1856 Art. 353.

[175]) Trébutien a. a. O. p. 568.

Digitized by Google

§. 18.

Fortsetzung.

Bezog sich das schwurgerichtliche Verfahren auf mehrere strafrechtliche Verhältnisse, so kann es zuvörderst keinem Zweifel unterliegen, daß dann, wenn es sich um mehrere Angeschuldigte handelt, und nur von einem unter ihnen die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen wurde, rücksichtlich der andern, die sich beruhigt haben, die etwa vorgefundenen Mängel als geheilt zu erachten, und Rechtskraft anzunehmen sei [176]). Das nämliche müssen wir auch in dem Falle statuiren, wenn gegen einen Angeklagten mehrere Anschuldigungen vorliegen, und bezüglich einer ein Nichtschuldig der Geschwornen erfolgte. Es ließe sich zwar auch hier anführen, der Beschuldigte könne nicht ein und dieselbe Verhandlung zugleich als nichtig und als giltig bezeichnen. Allein durch eine auf Grund des Wahrspruches der Geschwornen erfolgende Freisprechung wird das behauptete Strafrecht des Staates sofort definitiv aberkannt und gibt es dagegen von keiner Seite ein Rechtsmittel [177]). Ob nun eine solche Freisprechung für sich allein erfolgte, oder daneben wegen einer anderen Uebertretung eine Verurtheilung ausgesprochen wurde, kann an den Wirkungen der ersteren keine Aenderung hervorbringen.

Wurden bezüglich aller Anschuldigungen ganz oder theilweise bejahende Wahrsprüche erlassen, so ist zu unterscheiden, ob der vorgefundene Formfehler die Verhandlung bezüglich aller [178]) oder

---

[176]) Das Zitat im Register über die ersten 5 Bände der Zeitschrift zu Art. 247 „I, 247" trifft nicht zu, da in dem hier vorliegenden Falle der Komplice, bezüglich dessen das Urtheil gleichfalls vernichtet wurde, allerdings die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen hatte. Bemerkenswerth war nur, daß sich der Formfehler zunächst auf einen Reat bezog, bei welchem der eine Angeschuldigte nicht betheiligt war.

[177]) St.-P.-G. Art. 263.

[178]) St.-P.-G. Art. 231 Nr. 1—4, 9—11, 14—17.

Digitized by Google

nur bezüglich Eines Reates [179]) ergreift. Ist ersteres der Fall, dann wird auch bezüglich aller vernichtet werden müssen, und das zweite Urtheil in Bezug auf alle schlimmer ausfallen können; im letzten Falle dagegen ist die Verhandlung und das darauf gebaute Urtheil nur insoweit sie von dem Formfehler berührt werden, zu vernichten [180]), und dem entsprechend neu zu verweisen; rücksichtlich der andern dagegen tritt Rechtskraft und Unstatthaftigkeit einer härteren Verurtheilung ein [181]), wobei sich jedoch von selbst versteht, daß das Urtheil bezüglich des Strafausspruches wegen Art. 108 und 109 rücksichtlich aller neu zu fällen ist.

§. 19.

b) wegen Formfehler im Stadium der Urtheilsfällung.

Sowohl der Beschuldigte als auch der Staatsanwalt haben wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten bei der Urtheilsfällung die Nichtigkeitsbeschwerde [182]). Der Staatsanwalt hat bei der Anmeldung zugleich die Beschwerdepunkte anzugeben [183]), d. h. den Formverstoß, der angeblich gemacht wurde, zu bezeichnen. Der Beschuldigte muß, damit der oberste Gerichtshof seine Prüfung hierauf beschränke, wenigstens seinen Willen bestimmt und unzweideutig zu erkennen gegeben haben, nur wegen eines Formfehlers

---

[179]) St.-P.-G. Art. 231 Nr. 5, 6, 7, 8, 12, 13, 18.

[180]) St.-P.-G. Art. 247; Code d'instr. crim. Art. 434.

[181]) Morin a. a. O. I p. 361; Trébutien a. a. O. p. 568: „Lorsqu'il y a plusieurs chefs distincts dans la déclaration du jury, il faut appliquer la maxime: tot capita, tot sententiae, et si le vice ne porte que sur certains chefs, les autres chefs doivent être maintenus, et ne peuvent être soumis à un nouveau débat." Vergl. auch Walther Lehrbuch S. 415; siehe aber Zeitschrift Bd. 1 S. 384.

[182]) St.-P.-G. 230 II und Abs. 2.

[183]) St.-P.-G. Art. 236.

Digitized by Google

im zweiten Stadium queruliren zu wollen[154]). Gemeinsam für beide Beschwerden gilt, daß rücksichtlich des Wahrspruches der Geschwornen res judicata vorliegt, daher eine Abänderung in der Thatfrageentscheidung so wenig zum Nachtheile wie zum Vortheile des Beschuldigten möglich ist.

Hat der Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so hat sich der oberste Gerichtshof lediglich auf die Prüfung der aufgestellten Beschwerdepunkte zu beschränken[155]), daher die Beschwerde auch dann zu verwerfen, wenn zwar nicht der angeregte Mangel, aber ein anderer vorliegt und als wesentlich befunden wird[156]).

Hat dagegen der Beschuldigte auf Grund eines Formfehlers nach Abgabe des Wahrspruches querulirt, so hat der Gerichtshof das ganze Verfahren von diesem Zeitpunkte ab seiner Prüfung zu unterwerfen[157]). Wird die Beschwerde als begründet erachtet, so ist die Sache nach dem Ermessen des Gerichtshofes an die nächste Schwurgerichtssitzung desselben oder eines andern Appellationsgerichts-Bezirkes zu verweisen, woselbst der Schwurgerichtshof auf den Grund des von den Geschwornen abgegebenen Wahrspruches ein neues Urtheil zu erlassen hat.

Auch hier ergibt sich wieder die Möglichkeit einer materiellen reformatio in pejus für den Beschuldigten, insoferne nemlich der neubefaßte Schwurgerichtshof in den festgestellten Thatsachen einen schwereren Reat erblicken[158]) oder eine schwerere Strafe verhängen kann als der vorige.

---

[154]) Sitz.-Ber. Bd. 4 S. 49.

[155]) St.-P.-G. Art. 245 Abs. 1.

[156]) Planck S. 512; Walther Lehrbuch S. 439.

[157]) St.-P.-G. Art. 245 II.

[158]) Der erste Schwurgerichtshof hat z. B. trotz der einfach bejahenden Antwort der Geschwornen im Widerspruch mit der Fragestellung auf Grund der festgestellten Thatsachen einen geringeren Reat angenommen. Walther Lehrbuch S. 381 Nr. 5.

Digitized by Google

2) Reformatio in pejus bei der Nichtigkeits-Beschwerde wegen unrichtiger Gesetzes-Anwendung.

§. 20.

a) im Allgemeinen [189]).

Wegen eines Irrthums in der Thatfrageentscheidung hat weder der Staatsanwalt noch der Beschuldigte ein Rechtsmittel.

Dagegen räumt der Art. 212 den Richtern das Recht ein, in dem Falle, wenn sie bei einer Schuldigsprechung des Angeklagten einstimmig der Ansicht sind, daß sich die Geschwornen geirrt haben, mit der Urtheilsfällung auszusetzen, und die Sache an die nächste ordentliche Sitzung zu verweisen, damit ein anderes Schwurgericht darüber entscheide. Da nun die neu befaßten Geschwornen noch zu einem härteren Resultate gelangen könnten, als die vorigen, eine abermalige Aussetzung des Urtheils aber unstatthaft ist, so wäre durch eine solche Aussetzung des Urtheils recht eigentlich die Möglichkeit einer reformatio in pejus gegeben, was für den Angeklagten um so beschwerender sein müßte, als er der neuen Verhandlung gegen seinen Willen unterworfen werden kann. Allein die Richter dürfen die Sache nur in so weit der Angeklagte für schuldig erklärt wurde, verweisen [190]). Selbst die aus der Bejahung eines Milderungsgrundes [191]) erwachsenden Vortheile möchten dem Angeschuldigten auf Grund dieser Bestimmung nicht mehr entzogen werden können.

Im Uebrigen ist der Wahrspruch der Geschwornen wenigstens unmittelbar nicht angreifbar.

Dagegen unterliegt die Anwendung des Gesetzes auf die durch die Geschwornen festgestellten Thatsachen der Prüfung des Kassationshofes. Aus der Ausmessung der Strafe kann ein Nichtigkeitsgrund nicht entnommen werden.

---

[189]) Walther Lehrbuch S. 427 ff.; Planck §. 183 S. 539.

[190]) Walther Lehrbuch S. 373 Planck S. 431 Note 5.

[191]) Gesetz vom 29. August 1848 Art. 3.

Digitized by Google

An sich nun würden, wie schon oben §. 6 angedeutet wurde, Fehler in der Gesetzesanwendung recht eigentlich Gegenstand des Rechtsmittels der Berufung sein,[192]) indem der Oberrichter die Unrichtigkeit einer Entscheidung nur feststellen kann, wenn er sich zuvor klar gemacht hat, welches die richtige ist, und, wenn er dieß gethan, nicht abzusehen ist, warum er nicht selbst gleich das richtige Urtheil erlassen, sondern hiezu erst wieder ein Untergericht befassen solle. Allein der Gesetzgeber hat auch in diesem Falle den obersten Gerichtshof auf die Prüfung beschränkt und ihm, wenn ein beschwerender Mangel gefunden wird, nur die Vernichtung des Urtheils und Verweisung zur neuen Urtheilsfällung gestattet. Daß sich hiebei, nachdem kein abzuänderndes Urtheil mehr existirt, leicht wieder im Resultat eine reformatio in pejus ergeben könne, leuchtet ein.

Das Rechtsmittel ist sowohl dem Staatsanwalte, als dem Beschuldigten gegeben.

§. 21.

b) bei einer Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes.

Der Staatsanwalt hat die Nichtigkeitsbeschwerde sowohl, wenn verurtheilt, als auch wenn trotz eines Schuldig der Geschwornen freigesprochen wurde.[193]) Auch hier gilt die Bestimmung, daß er die Beschwerdepunkte zu bezeichnen habe.[194]) Was in §. 10 über die Tragweite dieser Vorschrift gesagt wurde, ist gleichmäßig hieher zu beziehen. Dagegen ist hier der oberste Gerichtshof auf die Prüfung derselben beschränkt.[195]) Er kann also nicht, wenn der Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde wegen eines Formfehlers eingelegt hat, wegen unrichtiger Gesetzesanwen-

---

[192]) Siehe oben §. 3.

[193]) St.-P.-G. Art 230, 234.

[194]) St.-P.-G. Art. 236; Zeitschrift Bd. 1 S. 465, 59.

[195]) St.-P.-G. Art. 245 Abs. 1.

Digitized by Google

bung kassiren, oder statt des angeregten error in judicando einen anderen der Vernichtung zu Grunde legen. Von dieser Regel darf der oberste Gerichtshof selbst dann nicht abgehen, wenn er findet, daß das Gesetz zum Nachtheil des Beschuldigten unrichtig angewendet wurde. Die Bestimmung des Art. 245 Abs. 1 leidet bei ihrer allgemeinen Fassung um so weniger eine Einschränkung, als außerdem eine Benachtheiligung des sich beruhigt habenden Angeklagten herbeigeführt werden könnte, indem man nicht voraus zu wissen vermag, ob nicht der in Folge der Vernichtung neu befaßte Schwurgerichtshof zu einem härteren Resultate für den Beschuldigten gelangen wird, als der vorige, ohne daß der oberste Gerichtshof abhelfen könnte.

Selbst für den Fall läßt sich nach dem Wortlaute des Gesetzes keine Ausnahme statuiren, wenn der oberste Gerichtshof finden würde, daß überhaupt ein Strafrecht des Staates nicht existire; sei es nun, weil die in Frage stehende That kein solches begründet, oder weil es durch Verjährung wieder erloschen ist, oder weil der zur Geltendmachung des öffentlichen Strafrechtes nöthige Privatantrag des Verletzten ermangelt. Denn der Art. 232, welcher diesen Fall behandelt, spricht ausdrücklich von einer deshalb geführten Beschwerde, und der Art. 249 Abs. 1, welcher verordnet, daß es bei der bloßen Vernichtung des Urtheils ohne weitere Verweisung der Sache sein Bewenden habe, wenn der Gerichtshof der Ansicht ist, daß die That, wegen welcher die Verweisung erfolgte, durch kein Strafgesetz verboten sei, setzt voraus, daß der oberste Gerichtshof nach der Beschaffenheit der Beschwerde diese Frage seiner Prüfung zu unterwerfen habe. Hier möchten uns aber die Anforderungen des materiellen Rechtes, welches schwer verletzt würde, wenn dem Staate ein Strafrecht zuerkannt bliebe, das ihm nicht zusteht, bestimmen, der schon mehrfach berührten Motivirung des Art. 245 einiges Gewicht beizulegen und dem obersten Gerichtshof die Vernichtung eines solchen Urtheils zu gestatten.

Wenn der Gesetzgeber die Beschränkung der oberstrichterli-

Digitized by Google

chen Prüfung auf die Beschwerdepunkte des Staatsanwaltes angeordnet hat, um die Lage des Angeschuldigten den überwiegenden Angriffskräften des Staates gegenüber zu erleichtern, so wäre es offenbar eine gegen den Willen desselben verstoßende Rechtsprechung, wenn man dieser Bestimmung eine Deutung geben wollte, nach der sie zum augenscheinlichen Nachtheil des Angeschuldigten gereichen würde. Ich gebe zu, daß diese restriktive Interpretation für diejenigen, welche an dem Ausspruche der L. 25 §. 1 de leg. III: „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio" festhalten, als eine gewagte erscheinen muß; ziehe aber dieselbe unter Bezugnahme auf die oben §. 8 mitgetheilte L. 25 de legibus bei dem Mangel einer positiven Bestimmung[196]) dem Auswege vor, welcher in dem Falle, wenn auf erhobene Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes der Mangel eines öffentlichen Strafrechtes erkannt wird, nach Art. 261 Abs. 2 des Gesetzes vom 10. Nov. 1848[197]) betreten werden muß, um der Gerechtigkeit wenigstens annähernd Genüge zu verschaffen.

Ist die Beschwerde begründet, so wird das Urtheil vernichtet, und die Sache gerade, wie wenn ein Formfehler nach Abgabe des Wahrspruches vorgekommen ist, zur Anwendung des Gesetzes auf den durch die Geschwornen abgegebenen Wahrspruch an denselben oder einen anderen Schwurgerichtshof verwiesen. Zu bemerken steht, daß eine Trennung der Qualification und des Strafausspruches (§. 2) dem bayerischen Rechte nicht bekannt ist, sondern nach Art. 249 Nr. 2 mit 248 Nr. 2 immer die ganze Gesetzesanwendung noch einmal bethätigt werden muß.

War diese in dem schwurgerichtlichen Erkenntnisse eine so mangelhafte, daß nicht einmal aus den Entscheidungsgründen ersehen werden kann, ob sie eine richtige ist, so hat der oberste Ge-

---

196) Eine solche Bestimmung enthält z. B. das nassauische Gesetz v. 14. April 1849 Art. 264.

197) Eine ähnliche Bestimmung im Hannöver'schen Gesetz v. 5. April 1859 §. 228 Abs. 7.

Digitized by Google

richtshof wegen des formalen Mangels der Unzulänglichkeit der Entscheidungsgründe zu vernichten. Es erscheint dieß um so unbedenklicher, als in einer unklaren Motivirung jedenfalls auch eine unrichtige Gesetzesanwendung liegt.[198])

Hat der Schwurgerichtshof seiner Entscheidung eine unpassende strafgesetzliche Bestimmung zu Grunde gelegt, die ausgesprochene Strafe ist aber die nemliche, welche das auf das Verbrechen oder Vergehen anwendbare Strafgesetz bestimmt, so kann der Staatsanwalt so wenig als der Angeschuldigte die Vernichtung des Urtheiles unter dem Vorwande beantragen, daß in Anführung des Textes des Gesetzes ein Irrthum unterlaufen sei.[199])

§. 22.

c) bei einer Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten.

Hat derselbe allgemein oder wegen eines Formfehlers vor Abgabe des Wahrspruches die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen, so ist immer, wofern sich kein wesentlicher Formfehler vorfindet, die Anwendung des Gesetzes zu prüfen.[200])

Hat aber der Beschuldigte nur wegen eines Formfehlers nach Abgabe des Wahrspruches, oder nur wegen unrichtiger Gesetzesanwendung querulirt, so ist es wegen der zweifelhaften Fassung des Art. 245 II bestritten, ob der oberste Gerichtshof im ersten Falle auch die Gesetzesanwendung, im zweiten die Förmlichkeiten seiner Prüfung zu unterwerfen habe.

---

[198]) Sitz.-Ber. Bd. 4 S. 335, 340; Zeitschrift Bd. 1 S. 131, S. 291; Walther Lehrbuch S. 508. Der Einwand, den Walther a. a. O. Note * macht, bezieht sich wohl nur auf die unklare Fassung der thatsächlichen Entscheidungsgründe in appellationsgerichtlichen Erkenntnissen. Ist bezüglich der Rechtsfrageentscheidung nicht ersichtlich, welches Gesetz angewendet wurde, so läßt sich in der That sagen, daß eine unrichtige Gesetzesanwendung vorliege.

[199]) St.-P.-G. Art. 232 Abs 2.

[200]) St.-P.-G. Art. 245 II.

Digitized by Google

Der Art. 245 II lautet:

„Hat dagegen der Angeklagte wegen einer bei der Urtheilsfällung vorgekommenen Formverletzung oder wegen irriger Anwendung des Gesetzes Beschwerde geführt, so hat der Gerichtshof lediglich diese beiden Punkte seiner Würdigung zu unterstellen, ohne nochmals in eine Prüfung des der Urtheilsfällung vorausgegangenen Verfahrens eingehen zu können."

Da es nach Erwähnung der zwei Beschwerden allgemein heißt „hat der Gerichtshof . . . diese beiden Punkte seiner Würdigung zu unterziehen," so möchte man veranlaßt sein, zu glauben, es sei immer sowohl das Verfahren als auch die Gesetzesanwendung zu prüfen.

Allein es muß unterschieden werden, ob der Angeklagte die Nichtigkeitsbeschwerde wegen eines Formfehlers oder wegen unrichtiger Gesetzesanwendung eingelegt hat. Ist ersteres der Fall, so hat der oberste Gerichtshof, wenn kein wesentlicher Formfehler vorliegt, auch die Gesetzesanwendung seiner Prüfung zu unterwerfen; denn indem der Angeklagte einen Formverstoß geltend macht, greift er implicite auch die Gesetzesanwendung an, sein eigentlicher Zweck wird es vielmehr sein, eine Aenderung in dieser herbeizuführen.[201]) Nun wissen wir, daß der Gesetzgeber die oberstrichterliche Prüfung auch über die Beschwerde zu Gunsten des Beschuldigten ausgedehnt wissen wollte, wir werden uns daher für diesen Fall um so eher zu einer wörtlichen Interpretation des Art. 245 II veranlaßt sehen, als die Analogie des Art. 245 I, wornach bei der Geltendmachung eines Formfehlers im ersten Verfahren auch die Gesetzesanwendung geprüft werden soll, sehr dringend zu der gleichen Behandlung des zweiten Falles führt.[202])

---

[201]) Walther Rechtsmittel Bd. 2 S. 1.

[202]) Die Ansicht Walther's, Lehrbuch S. 440 scheint ohne besondere Veranlassung wegen der Natur des Rechtsmittels restriktive zu interpretiren.

Digitized by Google

Hat dagegen der Angeklagte nur wegen unrichtiger Gesetzesanwendung querulirt, so hat er damit den Rechtsbestand des Verfahrens anerkannt und es besteht bei der Präsumtion für die Förmlichkeit gerichtlicher Handlungen keine Veranlassung, dieselbe erst noch einer Prüfung zu unterwerfen. Die Natur der Sache spricht also gegen eine Ausdehnung der oberstrichterlichen Kognition auf das Verfahren, und der Wortlaut des Gesetzes kann uns nicht bestimmen, hievon abzugehen. Wenn nur insoweit über die erhobene Beschwerde hinausgegangen werden soll, als dieß mit der Intention des Angeklagten, ein günstigeres Urtheil zu erhalten, vereinbar ist, so hat eine solche Ueberschreitung des Petitums jedenfalls zu unterbleiben, wenn darin eine Benachtheiligung des letzteren liegen würde. Die Beschwerde des Angeklagten wegen unrichtiger Gesetzesanwendung erscheint als unbegründet, wenn das schwurgerichtliche Urtheil entsprechend oder zu milde ausgefallen ist und soll auch im letzten Falle nach Art. 245 Abs. 3 verworfen werden. Wollte nun der oberste Gerichtshof nichts desto weniger auf die Prüfung der Förmlichkeiten eingehen, und wenn eine solche verletzt ist, vernichten, so läge darin eine Benachtheiligung des Angeklagten, indem der neubefaßte Schwurgerichtshof im ersten Falle möglicher Weise, im zweiten fast sicher ein härteres Urtheil erlassen würde als der erste. Will man daher nicht gegen den Willen des Gesetzgebers verstoßen, so muß man den Art. 245 II dieser restriktiven Interpretation unterwerfen [203]).

Die Gesetzesanwendung hat der oberste Gerichtshof in ihrem ganzen Umfange zu prüfen, ohne an die Beschwerden des Beschuldigten gebunden zu sein. Rücksichtlich der Urtheilsfällung hat er dagegen eine zweifache Schranke zu wahren. Einmal die am Schlusse des §. 21 erwähnte, wornach er nicht vernichten darf, wenn das richtig anzuwendende Gesetz zu der nämlichen Strafe

---

[203]) Sitz.-Ber. Bd. 1 S. 433; Walther Lehrbuch S. 440.

Digitized by Google

führen würde, wie das irriger Weise angewandte[204]), sodann die vorher besprochene, aus Art. 245 Abs. 3 hervorgehende.

Darnach muß es bei dem Urtheile des Schwurgerichtshofes sein Bewenden haben, wenn die ausgesprochene Strafe milder ist, als diejenige, welche hätte verhängt werden sollen, vorausgesetzt natürlich, daß nicht der Staatsanwalt zugleich die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben hat. Bezüglich der Tragweite des hier sanktionirten Verbotes der reformatio in pejus ist all' das anzuwenden, was oben über die Bedeutung des Art. 338 ausgeführt wurde. Da nämlich der oberste Gerichtshof immer die ganze Gesetzesanwendung zu prüfen hat (S. 89), so braucht er bei der Frage, ob zur Anwendung des Art. 245 Abs. 3 Veranlassung gegeben sei, nur das Resultat der schwurgerichtlichen Entscheidung in's Auge zu fassen. Daher kann ich auch Walther nicht beipflichten, wenn er — Lehrbuch S. 507 — bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde gegen appellationsgerichtliche Erkenntnisse behauptet, es dürfe die juristische Qualifikation nicht kassirt werden, wenn die Beschwerde sich blos auf die Straffrageentscheidung bezieht. Die Qualifikation gehört so gut, wie die Straffrageentscheidung zur Gesetzesanwendung, und eine allgemeine Prüfung der letzteren muß sowohl die eine, wie die andere umfassen. Für die Nichtigkeits-Beschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse hat übrigens Walther — a. a. O. S. 440 — selbst die Richtigkeit unserer Ansicht anerkannt, indem er sagt, der Kassationshof habe in dem

---

[204]) Die Anwendung dieser Bestimmung würde jedoch eine unzulässige Urtheilsfällung zum Nachtheile des Angeklagten enthalten, wenn das richtig anzuwendende Gesetz lediglich im Maximum oder einer diesem nahe kommenden Ausmessung zum gleichen Resultate gelangen ließe, wie das unrichtig angewandte Gesetz im Strafminimum oder einem demselben nahe liegenden Grade. Nur dann darf daher von obiger Bestimmung Gebrauch gemacht werden, wenn in beiden Fällen die gleiche Strafandrohung — sei es eine absolute oder eine relativ unbestimmte — vorliegt.

Digitized by Google

Falle einer Beschwerde wegen eines error in judicando, zwar nur die Gesetzesanwendung, diese jedoch ohne Rücksicht auf die speziell bezeichnete Unrichtigkeit zu prüfen. Zwischen der Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche und der gegen appellationsgerichtliche Erkenntnisse besteht aber in dieser Hinsicht, am allerwenigsten nach Walther's Auffassung der letzteren, ein Unterschied.

Die Bestimmung des Art. 245 Abs. 3 bezieht sich nur auf den Fall, wenn eine Vernichtung wegen unrichtiger Gesetzesanwendung indizirt wäre. Ist der oberste Gerichtshof veranlaßt, auch das Verfahren zu prüfen, und findet er hier einen wesentlichen Verstoß, so hat er nach Beschaffenheit der Beschwerde ganz oder theilweise zu vernichten, wenn auch das Gesetz zu Gunsten des Beschuldigten unrichtig angewandt worden wäre. Dieß ergibt sich zunächst aus der Natur der Sache, indem die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn ein Formfehler gemacht wurde, jedenfalls begründet ist, und der Angeklagte ebenso auf ein förmliches Verfahren, wie auf die Aburtheilung durch das kompetente Gericht ein Recht hat, sodann aber aus dem Wortlaute des Art. 245 Abs. 3 selbst, indem es darin heißt: "findet der Gerichtshof ...., daß .... das anzuwendende Gesetz eine strengere Strafbestimmung enthalte, so kann aus diesem Grunde nicht auf Vernichtung des Urtheils erkannt werden", wohl aber wenn ein anderer gegeben ist, und nach der Beschwerde berücksichtigt werden kann.

§. 23.

Fortsetzung. Einfluß der Beschwerde auf die Ordnung der oberstrichterlichen Thätigkeit.

Anlangend die Reihenfolge, in welcher die einzelnen Beschwerdegründe zu prüfen sind, so versteht sich von selbst, daß eine Prüfung des Urtheils überflüssig wird, wenn sich ein Fehler im Verfahren findet.

Da aber der Rechtsbestand eines Verfahrens so lange zu

Digitized by Google

präsumiren ist, als er nicht angefochten wird, da ferner der Angeschuldigte ein wesentliches Interesse daran haben kann, daß unter Aufrechthaltung des Wahrspruches nur die Gesetzesanwendung vernichtet wird, so muß man es ihm gestatten, die Reihenfolge, in welcher seine Beschwerden geprüft werden sollen, zu bestimmen [205]).

Die gegentheilige Ansicht der Praxis [206]) verkehrt, ohne daß sie sich auf irgend eine gesetzliche Bestimmung berufen könnte, den der Natur der Sache entsprechenden Standpunkt und führt zu einer der ratio des Art. 245 Abs. 3 sowie dem in den Motiven zum Gesetze [207]) ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers widerstrebenden reformatio in pejus. Wenn der Angeschuldigte primär wegen unrichtiger Gesetzesanwendung querulirt, und nur eventuell die Nichtigkeitsbeschwerde allgemein einwendet, so gibt er damit zu erkennen, daß er, wofern sein Zweck, ein günstigeres Urtheil zu erlangen, mit der ersten Beschwerde erreicht werden kann, den Rechtsbestand des Verfahrens gar nicht anfechten wolle. Wenn der oberste Gerichtshof in diesem Falle das Verfahren prüft, obschon ein Fehler in der Gesetzesanwendung vorliegt, so wird er in einer Richtung thätig, in welcher er nicht um seine Thätigkeit gebeten wurde, und verletzt dadurch den Satz: „judex ne eat ultra petita partium", der für die Periode der Rechtsmittel auch im Strafverfahren prinzipiell, d. h. so lange nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmt ist, festgehalten werden muß [208]). Ganz abgesehen hievon würde in einer solchen Ueberschreitung der erhobenen Beschwerde eine empfindliche Benachtheiligung des Angeklagten liegen, da ihm die durch den Wahrspruch der ersten Geschwornen bereits erworbenen Vortheile in der ihm aufgenöthigten zweiten Verhandlung wieder entzogen werden könnten.

---

[205]) Walther Lehrbuch S. 443.

[206]) Sitz.-Ber. Bd. 2 S. 198, 409.

[207]) B. d. G. A. d. K. A. Blgn.-Bd. 1 S. 880.

[208]) Blanck S. 504.

Digitized by Google

Aus den angeführten Gründen hat der oberste Gerichtshof auch bei einer, nur gegen die Gesetzesanwendung gerichteten, Nichtigkeitsbeschwerde eines zum Tode Verurtheilten sich auf die Prüfung der erhobenen Beschwerde zu beschränken, wenn er findet, daß zum Nachtheil des Beschuldigten ein unrichtiges Gesetz auf die durch die Geschwornen festgestellten Thatsachen angewandt wurde. Der Art. 233 verordnet zwar, daß Todesurtheile auch ohne Nichtigkeitsbeschwerde des Beschuldigten dem obersten Gerichtshofe eingesandt werden sollen, damit dieser von Amtswegen prüfe, ob keine Nichtigkeit vorliege. Allein dieß ist eine (wohl nicht glücklicher Weise aus dem alten Verfahren herübergenommene) Bestimmung zu Gunsten des Angeklagten[209]), welche sofort zessiren muß, wenn dieselbe zu seinem Nachtheile ausschlagen würde. Paßt nemlich wegen unrichtiger Fragestellung die ausgesprochene Todesstrafe nicht zu den festgestellten Thatsachen, so hat der Angeklagte ein wesentliches Interesse daran, daß der Wahrspruch der Geschwornen aufrecht erhalten werde, indem bei Anwendung des entsprechenden Gesetzes die Todesstrafe nicht mehr über ihn verhängt werden kann, während dieß voraussichtlich bei einer nochmaligen Vornahme der ganzen Verhandlung geschehen würde. Wenn es schon überhaupt als ein Mißstand zu bezeichnen ist[210]), daß man einem Verurtheilten, welcher wohl selbst am besten wissen muß, ob er Grund zur Beschwerde habe, die Prüfung seiner Angelegenheit aufdringe, so muß man sich um so entschiedener dagegen verwahren, daß diese unzeitige Fürsorge zu seinem bittersten Nachtheile ausschlage[211]).

---

[209]) Verh. d. G. A. d. K. d. R. R. Bd. 3 S. 141: „. . . und es ist nur eine Milde des Gesetzgebers, hier eine Revision ex officio anzuordnen."

[210]) Walther Rechtsmittel Bd. 1 S. 111; Lehrbuch S. 415 *; Sitz.-Ber. Bd. 1 S. 98.

[211]) Walther Lehrbuch S. 441. Wenn daher in dem in den Sitz.-Ber. Bd. 5 S. 238 mitgetheilten Falle der Angeklagte Anton

Digitized by Google

§. 24.

d) Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein schwurgerichtliches Urtheil über mehrere strafrechtliche Verhältnisse.

Waren mehrere strafrechtliche Verhältnisse Gegenstand der schwurgerichtlichen Entscheidung, so unterliegt es zunächst keinem Zweifel, daß die Beruhigung eines Angeschuldigten die rücksichtlich seiner ergangene Urtheilsfällung in Rechtskraft erwachsen und jede Abänderung zum Nachtheile, wie zum Vortheile desselben unmöglich macht.[212]).

„Dagegen — heißt es bei Walther, Lehrbuch S. 415 — wird die Kassation ausnahmsweise auch auf solche Verurtheilte ausgedehnt, welche die Nichtigkeitsbeschwerde nicht erhoben haben, wenn der Kassationshof findet, daß die Handlung, wegen deren die Verurtheilung ergangen, gar nicht, oder nur polizeilich strafbar sei.“ Allein all' die Urtheile, auf welche sich Walther zur Bekräftigung seiner Ansicht beruft[213]), sind in Bezug auf Verweisungserkenntnisse erlassen, und wenn bei diesen die Kassation wegen mangelnden Strafrechts auf andere, als die querulirenden Mitschuldigen ausgedehnt wird, so ist das eine aus der Natur des Verweisungserkenntnisses sich ergebende, unten §. 28 näher zu besprechende Folge. Die Beschränkung des vernichtenden Urtheils auf die Verurtheilung des querulirenden Mitschuldigen scheint mir im Hinblick auf die klare Bestimmung des Art.

Bachmaier nur wegen unrichtiger Gesetzesanwendung querulirt haben würde, so hätte er, nachdem in der Fragestellung „die Absicht zu tödten“ übersehen worden war, durch das zweite Urtheil lediglich wegen Körperverletzung mit nachgefolgtem Tode (Ges. v. 29. Aug. 1848 Artikel 5) mit 4—8 Jahren Arbeitshaus belegt werden können.

[212]) St.-P.-G. Art. 250.

[213]) Zeitschrift Bd. 1 S. 123, 281; Sitz.-Ber. Bd. 3 S. 149.

Digitized by Google

250 natürlicher[214]) zu sein, als die Ausdehnung der bei Verweisungserkenntnissen gegebenen Entscheidungen auf Endurtheile[215]).

Sind mehrere strafrechtliche Verhältnisse Eines Beschuldigten Gegenstand des Urtheiles gewesen, so ist zunächst so viel gewiß, daß eine Freisprechung nach Art. 202, welche von der Staatsbehörde nicht angefochten wurde, ebenso wie eine Freisprechung nach Art. 198 in Rechtskraft übergeht, und bei dem Mangel eines Rechtsmittels des Beschuldigten gar nicht Gegenstand der kassationsgerichtlichen Prüfung und Entscheidung werden kann.

Wurde der Angeklagte dagegen wegen mehrerer Uebertretungen verurtheilt und hat nur wegen einer Handlung unrichtige Anwendung des Gesetzes behauptet, so ist allerdings blos dieser Punkt zu prüfen. Da aber die Strafausmessung bezüglich aller gemeinsam zu geschehen hat, so hat sich die Vernichtung des Urtheils auf alle Reate zu erstrecken[216]).

§. 25.

Reformatio in pejus bei der Nichtigkeitsbeschwerde gegen appellationsgerichtliche Erkenntnisse.

Schon oben wurde hervorgehoben, daß appellationsgerichtliche Erkenntnisse den gleichen Charakter haben wie schwurgerichtliche, daß gegen beide das gleiche Rechtsmittel gegeben sei, daß daher für alle Ausführungen, welche bezüglich der reformatio in pejus bei der Nichtigkeitsbeschwerde gegen die letzteren gemacht würden, gleichmäßige Geltung bei der gegen die ersteren beansprucht werden müßte.

Dagegen behauptet die neuere Praxis[217]) für appellations-

---

[214]) Walther a. a. O. S. 445 Note *

[215]) Vrgl. auch Planck S. 635.

[216]) Oberstricht. Erk. v. 1. März 1850 in der Präjudiziensammlung, Bayreuth 1854 S. 52 zu Art. 245.

[217]) Zeitschrift Bd. 1 S. 449, 460, Bd. 4 S. 227.

Digitized by Google

gerichtliche Erkenntnisse Untheilbarkeit der That- und Rechtsfrage-Entscheidung und läßt die Vernichtung in allen Fällen die ganze Sache begreifen. Sie hat sich dabei ganz auf den Boden der französischen Praxis und Doktrin gestellt, welche am bestimmtesten von Trébutien[218]) in folgenden Worten charakterisirt wird:

„L'arrêt ou le jugement est annulé pour le tout, sans distinction du point de savoir s'il y a eu violation de la loi ou nullité ou vice de forme, et l'affaire est renvoyée tout entière, tant sur l'appréciation du fait que sur l'appréciation du droit, devant le nouveau tribunal, qui peut rendre une décision complétement différente sur le fait. Il y a donc sous ce rapport, une différence importante entre les effets de la cassation en matière criminelle et les effets en matière correctionelle."

Diese Auffassung führt zu einer wesentlichen Benachtheiligung des Angeschuldigten, indem er darnach gegen seinen Willen den Eventualitäten einer neuen Verhandlung über die Thatfrage unterworfen und in Folge dessen zu einer härteren Strafe als zuvor verurtheilt werden kann, — sonach zu einem Resultate, welches sich mit der bestimmt ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers, das Rechtsmittel möglichst zu Gunsten des Angeschuldigten einzurichten, nicht leicht vereinbaren läßt.

Dieselbe kann aber nicht als richtig anerkannt werden, denn sie widerstrebt der Natur der Sache, und steht, wenigstens was das bayerische Recht anlangt, mit positiven Bestimmungen des Gesetzes im Widerspruch.

Die Theilbarkeit der korrektionalgerichtlichen Erkenntnisse (zu welchen auch die appellationsgerichtlichen gehören) in die That- und Rechtsfrageentscheidung ergibt sich nach den Ausführungen des §. 6 und 7 aus der Beschaffenheit des Gegenstan-

[218]) Cours élément. tom. 2 p. 571.

Digitized by Google

des, gerade wie die der schwurgerichtlichen von selbst. Die Behauptung, daß der bestehenden Gesetzgebung in korrektionalgerichtlichen Fällen eine theilweise Würdigung der Sache fremd sei [219]), ist eine durch nichts bewiesene Behauptung, und der Unterschied, der in dieser Beziehung zwischen schwurgerichtlichen und korrektionalgerichtlichen Urtheilen gemacht werden will, ist völlig unbegründet. Nicht weil Geschworne und Richter urtheilen, ist das schwurgerichtliche Urtheil theilbar, sondern weil der Gegenstand eines strafrechtlichen Urtheils überhaupt eine Trennung der That- u. Rechtsfrageentscheidung zuläßt, können sich Geschworne und rechtsgelehrte Richter in die Funktion des Urtheilssprechens theilen [220]). Die angebliche Kalamität, daß bei theilweiser Vernichtung ein Richter urtheile, welcher nicht die ganze Sache kennt, ist — wofern man überhaupt derlei Erwägungen bei der Interpretation einer positiven Gesetzgebung Bedeutung beimessen will, jedenfalls viel geringer anzuschlagen, als die Nachtheile, welche sich ergeben würden, wenn man immer und auch in solchen Fällen die ganze Verhandlung wiederholen wollte, in welchen die Thatfrageentscheidung nicht angefochten ist; diese angebliche Kalamität einer getrennten Verbescheidung der Rechtsfrage würde völlig gegen die Vortheile in den Hintergrund treten, die dadurch zu erzielen wären, daß man dem obersten Gerichtshofe gestattete, bei einer nur die Gesetzesanwendung ergreifenden Nichtigkeitsbeschwerde nach Umständen in der Hauptsache selbst zu erkennen.

Bei bezirksgerichtlichen Urtheilen muß diese Theilbarkeit wegen des gewährten Rechtsmittels zessiren, indem die Berufung gegen die Natur eines Rechtsmittels nicht blos zu einer Prüfung der Beschwerde, sondern zu einer neuen Würdigung der

---

[219]) Zeitschrift Bd. 4 S. 234. S. oben Note 78.

[220]) Zeitschrift Bd. 1 S. 454 Note.

Digitized by Google

ganzen Sache führt und in allen Fällen mit diesem umfassenden Devolutiveffekt bekleidet ist.

Anders verhält es sich mit den Urtheilen der Appellgerichte. Diesen kömmt für ihre Sphäre die gleiche Bedeutung, wie den schwurgerichtlichen zu. Der formelle Umstand, daß bei ihnen die That- und Rechtsfrage von denselben Richtern in Einem Ausspruche entschieden wird, vermag an der Thatsache zweier, dem Gegenstande nach selbstständiger, Entscheidungen nichts zu ändern. Die eine derselben — die Thatfrageentscheidung — unterliegt wie bei den schwurgerichtlichen Erkenntnissen, wenigstens unmittelbar, keiner Anfechtung, es besteht daher auch kein Bedürfniß nach einem zu einer neuen Würdigung der ganzen Sache führenden Rechtsmittel. Diesem wird vielmehr die gleiche Bedeutung und Wirksamkeit zukommen müssen, wie dem gegen schwurgerichtliche Urtheile gewährten. Ist daher die Nichtigkeitsbeschwerde gegen appellationsgerichtliche Erkenntnisse in der positiven Gesetzgebung nicht verschieden von der gegen schwurgerichtliche Urtheile ausgebildet, so müssen alle rücksichtlich der letzteren getroffenen Bestimmungen auch bei der ersteren gelten.

Das bayerische Recht enthält in den „Schlußbestimmungen“ des Gesetzes vom 10. November 1848 eine nicht sehr glückliche Uebertragung des französischen Rechts [221]).

Wie in diesem ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur wegen Formfehler in zweiter Instanz, und wegen unrichtiger Gesetzesanwendung gestattet; wie in diesem findet sich die allgemeine Bestimmung: „Gegen die in zweiter Instanz erlassenen Urtheile kann die Nichtigkeitsbeschwerde sowohl von dem Staatsanwalt als dem Beschuldigten ergriffen werden, und zwar von dem Ersteren, der Beschuldigte mag freigesprochen oder verurtheilt worden sein“; allein der Schlußsatz des Art. 413 des Code d'instr. crim. ist weggeblieben, nach welchem kein Theil, wenn der Beschuldigte freigesprochen wurde, die Beschwerde wegen Verletzung von For-

[221]) Code d'instr. crim. Art. 413.

Digitized by Google

men erheben kann, welche im Interesse der Vertheidigung vorgeschrieben sind. Uebersehen ist ferner, daß das französische Recht nur konsequent handelt, wenn es dem Staatsanwalte bei appellationsgerichtlichen Erkenntnissen die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Formfehler einräumt, indem es ihm dieselbe auch bei schwurgerichtlichen gestattet, wenn der Angeklagte von den Geschwornen schuldig gesprochen wurde [222]). Das bayerische Recht hat dagegen wegen Formfehler im ersten Verfahren dem Staatsanwalte keine, die Entscheidung berührende Beschwerde gegeben, es hätte daher dieselbe auch bei appellationsgerichtlichen Erkenntnissen, und zwar, da hier das Urtheil über That- und Rechtsfrage den Schluß der ganzen Verhandlung bildet, völlig ausschließen sollen. Sed ita lex scripta est; der Art. 362 lautet allgemein und bestimmt, wir müssen uns daher, wenn wir auch noch so sehr wünschen können, daß derselbe anders gefaßt wäre, wenn wir überzeugt sein dürfen, daß er bei einer ruhigeren Berathung das Gesetz eine andere Fassung erhalten hätte, — jeder restriktiven Interpretation enthalten [223]).

Rücksichtlich der Gewährung des Rechtsmittels stimmt also das bayerische Recht mit dem französischen überein, was dagegen die Verbescheidung desselben betrifft, so finden wir einen we-

---

[222]) Code d'instr. crim. Art. 408; arg. a contr. 409.

[223]) Zeitschrift Bd. 4 S. 536. Diesem Mangel des Gesetzes könnte aber durch die Staatsanwälte, in deren Hand der Gebrauch von Rechtsmitteln gelegt ist, abgeholfen werden. Sie sollten, wenn ein vorgekommener Formverstoß augenscheinlich auf die Urtheilsfällung ohne Einfluß war, die Autorität des appellationsgerichtl. Spruches über die Thatfrage gerade so achten, wie den Wahrspruch der Geschwornen und nicht ihrer subjektiven Einzelanschauung, dem Ausspruche eines höheren Gerichtshofes gegenüber, in einer Frage, in der jedem Gebildeten gleichmäßiges Urtheil zukömmt, Geltung zu verschaffen suchen, am allerwenigsten aber, wenn sie mit dem Urtheile einverstanden sind, über der Form die Sache vergessen, und einen einflußlosen Formverstoß geltend machen.

Digitized by Google

sentlichen Unterschied. Während das französische Recht eine den Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse *vorausgehende, selbständige* Vorschrift getroffen hat (Art. 427), welche im Gegensatz zu der detaillirten nach der Beschaffenheit der Beschwerde sich richtenden Behandlung der letzteren allgemein ausspricht:

„Lorsque la cour de cassation annulera un arrêt ou un jugement rendu, soit en matière correctionelle, soit en matière de police, elle renverra le procès et les parties devant une cour ou un tribunal de même qualité que celui qui aura rendu l'arrêt ou le jugement annulé";

enthält das bayerische Recht im Art. 363 lediglich eine *Verweisung* auf die Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse.

Der Art. 368 lautet:

„Das Verfahren und die Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde sowohl in Ansehung der *Hauptsache*, als in Ansehung der im Falle der Abweisung zu verhängenden Strafe richtet sich nach den über die Nichtigkeits-Beschwerde gegen die Urtheile der Schwurgerichtshöfe geltenden Vorschriften."

Nach der allgemeinen und unzweideutigen Fassung dieses Artikels kann, was die Anwendung des Titel IV der 3. Abtheilung, in welchem die Vorschriften über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse enthalten sind, betrifft, nur bezüglich *der* Bestimmungen eine selbstverständliche Ausnahme gemacht werden, welche sich ausschließlich auf das Verfahren mit Geschwornen beziehen. Im Uebrigen ist für *alle* Vorschriften dieses Titels, daher auch die über den *Devolutiveffekt* der Nichtigkeitsbeschwerde gleichmäßige Geltung zu beanspruchen. Daß insbesondere rücksichtlich des letzteren keine Ausnahme gemacht werden wollte, geht aus einer Vergleichung der desfallsigen Bestimmungen über die Berufung hervor. Während der Gesetzgeber

Digitized by Google

bei dieser in einem Schlußartikel die Bestimmungen, welche aus dem Kapitel über die Nichtigkeitsbeschwerde gelten sollten, einzeln aufgezählt, und dabei gerade diejenigen, welche auf die Beschränkung des Devolutiveffektes Bezug haben, ausgelassen hat, spricht er bei der Nichtigkeitsbeschwerde gegen appellationsgerichtliche Erkenntnisse allgemein und ohne Hervorhebung einzelner Artikel. Wir sind daher nicht berechtigt, willkürlich die einen gelten zu lassen, die andern auszuschließen.

Wenn aber die Nichtigkeitsbeschwerde gegen appellationsgerichtliche Erkenntnisse gerade so zu behandeln ist, wie die gegen schwurgerichtliche, so hat sich der oberste Gerichtshof auch bei der ersteren genau an die Beschwerde des Staatsanwaltes zu halten, und in dem Falle, daß der Beschuldigte die Beschwerde erhoben hat, nicht weiter zu gehen, als er dieß bei der Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse thun darf, er hat daher im Falle einer Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Gesetzesanwendung die Prüfung der Förmlichkeiten zu unterlassen, und wenn er in der ersteren einen dem Angeschuldigten nachtheiligen Fehler gefunden, nur die Rechtsfrageentscheidung zu vernichten, und nur bezüglich dieser neu zu verweisen. Diese Trennung macht, wenn die Entscheidungsgründe dem Gegenstande eines strafrechtlichen Urtheiles entsprechend abgefaßt sind, keine Schwierigkeit. Daher hat auch die frühere Praxis an der theilweisen Vernichtung der appellationsgerichtlichen Erkenntnisse nicht den geringsten Anstoß genommen[224]), und wäre nur zu wünschen, daß zu derselben wieder zurückgekehrt würde[224a]).

---

[224]) Vergl. die Erkenntnisse in den Sitz.-Ber Bd. 1 S. 319, 433 (Note), Bd. 2 S. 192, 415, Bd. 4 S. 49; Zeitschrift Bd. 1 S. 103, Bd. 2 S. 205.

[224a]) Der Referent über das Einführungsgesetz zu den neuen Strafgesetzbüchern im G.-A. K. d. A hat sich in einem Zusatzartikel (94), wie die Praxis, auf den Boden des französischen Rechtes gestellt, und erhielt sein Antrag in der Sitzung vom 20. Dezember 1860 (vergl.

Digitized by Google

C. Bei der Wiederaufnahme.[225])

§. 26.

Die Wiederaufnahme der Untersuchung erscheint im bayerischen Strafprozesse als das außerordentliche, nur zu Gunsten[226]) des Beschuldigten gewährte Rechtsmittel, durch welches in einzelnen Fällen die abermalige Untersuchung und Aburtheilung einer rechtskräftig entschiedenen Sache erzielt werden kann. Ist das Gesuch um Wiederaufnahme begründet, so wird das vorige Urtheil sammt der ihm vorausgehenden Hauptverhandlung vernichtet[227]) und die Sache — je nach Umständen — zur nochmaligen Aburtheilung an das entsprechende Gericht verwiesen. Das Wiederaufnahmsgesuch erscheint nur als eine in ihren Voraussetzungen besonders qualifizirte Nichtigkeitsbeschwerde gegen das ganze Verfahren, und hat, wenn es begründet ist, die gleichen Wirkungen wie diese. Ich kann mich daher, was die Möglichkeit und Zulässigkeit einer reformatio in pejus bei derselben betrifft, in allen Punkten auf die bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde gegebenen Ausführungen beziehen.

Protokoll LI) die Billigung des Ausschusses. Der betreffende Art. 94 lautet in der bezügl. Stelle: „...In allen andern Fällen (in welchen es nämlich bei der bloßen Vernichtung nicht sein Bewenden haben kann), wird die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Aburtheilung an das nämliche oder ein anderes Appellations- oder Bezirksgericht verwiesen". Ob diese Nachahmung des französischen Rechtes zu befürworten sei, möchte einem billigen Zweifel unterworfen werden. Vergl. unt. §. 31.

[225]) Walther Lehrbuch §. 131 S. 472.

[226]) St.-P.-G. Art. 263, 264.

[227]) St.-P.-G. Art. 268, Art. 269 Abs. 2, Art. 270 Abs 2.

Digitized by Google

II. Reformatio in pejus bei Rechtsmitteln gegen Verweisungserkenntnisse.

§. 27.

1) Im Allgemeinen.[225])

Es ließe sich ein Verfahren denken, in welchem auf die erhobene Klage der Ankläger und der Beschuldigte sofort mit dem Auftrage zur öffentlichen Verhandlung geladen würden, ihre Beweismittel mitzubringen, damit nach Erhebung derselben und Anhörung der Parteien das Urtheil gesprochen würde. Ein solches Verfahren würde aber den Nachtheil mit sich führen, daß sich das Urtheil vielfach auf einseitige Behauptungen stützen müßte oder gar nicht ausgefällt werden könnte, indem der Gegner auf einen Angriff oder eine Vertheidigung nicht vorbereitet wäre. Es kann daher bei an sich geringfügigen, insbesondere solchen Uebertretungen genügen, in welchen das Interesse des Staates an der Bestrafung des Uebertreters gegen das des Beschädigten oder Beleidigten in den Hintergrund tritt, jedenfalls das zu verhängende Strafübel als ein verhältnißmäßig unbedeutendes zu erachten ist. Erscheint aber die Uebertretung als ein Rechtsbruch gegen die Gesammtheit, dessen Verfolgung das öffentliche Interesse erheischt, so muß der zu deren Aburtheilung nöthigen Verhandlung ein Ver-

---

[225]) Bland S. 289 ff.

Digitized by Google

fahren vorausgehen, in welchem das zu einer gerechten Urtheilsfällung nöthige Material gesammelt und gewissermaßen vorbereitet wird. Es liegt ferner im Interesse des Beschuldigten, wie der Gesammtheit, daß sich die Anklage wegen einer schwereren Uebertretung auf eine reifliche Würdigung der Verdachts- oder Entlastungs- und Entschuldigungsgründe stütze. Da es nicht entsprechend wäre, daß derjenige, welcher dieses Material gesammelt hat — der Untersuchungsrichter — auch über dessen Werth für die zu erhebende Anklage urtheile, so ist die Frage, ob die geführte Voruntersuchung hinreichende Veranlassung zur Vorgerichtstellung des Beschuldigten gewähre, von anderen Organen — den Verweisungssenaten, Anklagekammern — durch einen förmlichen Beschluß zu erledigen. Bietet das Resultat der Voruntersuchung in faktischer oder rechtlicher Beziehung keine genügenden Anhaltspunkte zu einer Verurtheilung, so wird das Verfahren eingestellt. In diesem Falle kömmt dem erlassenen Beschlusse die Bedeutung eines der Rechtskraft fähigen Urtheiles zu, indem die Untersuchung nur unter der Voraussetzung wieder aufgenommen werden darf, daß sich erhebliche, neue Beweise der Schuld ergeben. Es besteht daher für den Ankläger das Bedürfniß nach einem Rechtsmittel, durch welches er *gegen* den Beschluß des Untergerichts die Vorgerichtstellung des Beschuldigten auf Grund des *jetzt* vorliegenden Aktenmaterials bewirken kann.

Erscheint aber der durch die Voruntersuchung gesammelte Stoff in faktischer und rechtlicher Beziehung erheblich genug, um darauf eine Anklage zu gründen, so wird die Sache zur Aburtheilung an das zuständige Gericht verwiesen. Durch den erlassenen Beschluß — Verweisungserkenntniß — wird *rechtskräftig* entschieden, daß die Sache in öffentlicher Sitzung zu verhandeln sei. Je nachdem man die Vorgerichtstellung überhaupt, oder nur *dann* als eine erhebliche Beschwerde für den Beschuldigten erachtet, wenn damit gewisse *materielle* Folgen verbunden sind, wird man demselben in allen oder nur in den letzteren Fällen ein Rechtsmittel zur Abhilfe dieser Beschwerde gewähren.

Digitized by Google

Durch das Verweisungserkenntniß wird ferner rechtskräftig entschieden, daß sich ein bestimmtes Gericht mit der Verhandlung einer konkreten Sache zu befassen habe. Insoferne daher der Staatsanwalt oder der Beschuldigte ein Interesse daran haben kann, daß die Sache nicht an diesem, sondern an einem anderen — dem zuständigen — Gerichte verhandelt werde, muß auch in dieser Beziehung für beide ein Rechtsmittel gegeben sein.

Ob aber dem Verweisungserkenntnisse auch in der Weise die Fähigkeit der Rechtskraft beizumessen sei, daß das verhandelnde Gericht an die materielle Würdigung der Sache in demselben gebunden ist, hängt von der Bedeutung ab, welche man der Voruntersuchung im Gegensatze zur Hauptverhandlung gibt. Liegt der Schwerpunkt in der ersteren, und erscheint die letztere gewißermaßen nur als eine Rekapitulation der ganzen Untersuchung, so wird man dem Verweisungserkenntnisse auch in materieller Beziehung Rechtskraft beizumessen haben, dem aburtheilenden Richter keine Veränderung zum Nachtheil des Beschuldigten gestatten können, deswegen aber auch ein Rechtsmittel zur Anfechtung der materiellen Würdigung gewähren müssen.[229])

Erscheint dagegen die Voruntersuchung nur als Mittel zum Zweck, die Hauptverhandlung als der eigentliche Prozeß um das behauptete Strafrecht des Staates, so kann dem Verweisungserkenntnisse in dieser Richtung lediglich die Bedeutung eines provisorischen Gutachtens über die Eigenschaften einer Rechtsverletzung in faktischer und juristischer Beziehung beigemessen werden. Es erscheint nicht als Urtheil, sondern als prozeßleitende Verfügung, deren Wirksamkeit, so wie sich die Umstände ändern, sofort wieder zessiren muß. Als selbstverständlich ist es zu erachten, daß eine Veränderung der faktischen Umstände, welche die in Frage stehende That als eine ganz andere, wie die vom Verweisungserkenntnisse angenommene erscheinen läßt, das mit der

[229]) Planck S. 579.

Digitized by Google

öffentlichen Verhandlung befaßte Gericht nicht zu einer Verurtheilung nach dem jetzigen Stande der Sache berechtigen könne. In diesem Falle hat vielmehr Freisprechung von der erhobenen Anklage und Verweisung wegen der wirklich vorliegenden That zu erfolgen. Insoferne sich aber die Veränderung der Anklage innerhalb der höheren oder niederen Grade des vom Verweisungserkenntnisse angenommenen Verbrechens bewegt, kann derselben nichts im Wege stehen.

Wird das mit der Aburtheilung befaßte Gericht ratione loci et materiae als kompetent erachtet, so besteht weder für den Staatsanwalt noch den Beschuldigten wegen der Qualification der in Frage stehenden That das Bedürfniß eines Rechtsmittels. Wird dagegen ein solches aus den vorher angeführten Gründen erhoben, so kömmt die Erlassung des Gutachtens über die Eigenschaften der That dem Gerichte zu, an welches die Sache durch das Rechtsmittel devolvirt ist. Dieses kann unabhängig von der Ansicht des Untergerichts seiner Ueberzeugung Ausdruck geben; daher die in Frage stehende That strenger beurtheilen, als es in dem angefochtenen Gutachten geschehen ist, m. a. W. eine reformatio in pejus. vornehmen.

§. 28.

2) Im Besonderen.

Im bayerischen Rechte liegt der Schwerpunkt der strafrechtlichen Untersuchung in der Hauptverhandlung; daher kömmt auch im Allgemeinen den Verweisungserkenntnissen in materieller Beziehung lediglich die Bedeutung eines Gutachtens zu, dessen Standpunkt, wofern dadurch die That ihrem Begriffe nach nicht eine andere wird, zu Gunsten und zum Nachtheil des Beschuldigten verändert werden kann.[230]) Dagegen wird durch einen Einstellungsbeschluß die weitere Verfolgung wegen derselben That

---

[230]) Walther Lehrbuch S. 249, S. 331.

Digitized by Google

ausgeschlossen und darf die Untersuchung nur unter der Voraussetzung wieder aufgenommen werden, daß sich neue erhebliche Verdachtsgründe ergeben.[231])

Durch ein Verweisungserkenntniß wird das betreffende Gericht in der Weise definitiv befaßt, daß es die Verhandlung[232]) der Sache und wenn es ein Schwurgericht ist, die Aburtheilung nicht mehr von sich weisen kann.[233])

Um die Nachtheile, welche sich in der einen oder andern Beziehung ergeben können, zu beseitigen, sind den Betheiligten nach Verschiedenheit der Fälle die Berufung und die Nichtigkeitsbeschwerde eingeräumt.

Die Berufung kann vom Staatsanwalte gegen den Beschluß der Rathskammer des Bezirksgerichtes erhoben werden:

1) wenn das Strafverfahren eingestellt,
2) wenn die Verweisung der Sache an eine andere (Gerichts-Polizei- oder Disziplinar-) Behörde ausgesprochen, oder
3) wenn die Sache in die öffentliche Sitzung des Bezirksgerichtes mit dem Beisatze verwiesen wurde, daß wegen Verbrechens zu verfahren sei.[234])

Ausgeschlossen ist sie dagegen eigenthümlicher Weise, wenn wegen Vergehens verwiesen wurde.

Eine besondere Vorschrift, Beschwerdepunkte zu bezeichnen, findet sich für die Berufung des Staatsanwaltes gegen Verweisungserkenntnisse nicht, denn die Bestimmungen des Art. 339 resp. 236 gelten zunächst nur für Endurtheile. Der Grund aber, welcher den Gesetzgeber bestimmen mochte, die Angabe derselben bei der Berufung gegen die letzteren zu verlangen, greift auch hier Platz; und da es nur als ein Ergebniß der Natur der Sache

---

[231]) St.-P.-G. Art. 55 Abs. 2.

[232]) Zeitschrift Bd. 2 S. 81.

[233]) Walther Lehrbuch S. 322 §. 107, S. 397 §. 102 S. 380.

[234]) St.-P.-G. Art. 60 mit 49.

Digitized by Google

erachtet werden muß, daß derjenige, welcher ein Urtheil anficht, seinen Angriff begründe, so hat die erwähnte Bestimmung des Art. 236 auch hier in Anwendung zu kommen.

Wie im Falle der Anfechtung eines Endurtheiles wird aber das Appellgericht durch die Motivirung der Beschwerde in keiner Weise beschränkt. Es kann diejenige Entscheidung erlassen, welche es den thatsächlichen und rechtlichen Umständen des konkreten Falles für angemessen erachtet.[235]) Es haben in dieser Beziehung alle Ausführungen des §. 10 gleichmäßig auch hier Geltung.

Sind mehrere strafrechtliche Verhältnisse Gegenstand des Rathskammerbeschlusses gewesen, so wird sich allerdings die Kognition des Appellgerichtes auf diejenigen, bezüglich welcher eingestellt, und keine Berufung ergriffen wurde, nicht erstrecken können. Wenn dagegen das Appellgericht der Ansicht ist, daß der Grund, welcher bei Einem strafrechtlichen Verhältnisse die Einstellung erheischte, auch bei dem anderen zutreffe, so wird es bezüglich dieses gleichfalls ein Einstellungserkenntniß erlassen, damit nicht eine voraussichtlich nutzlose Verhandlung gepflogen werde.[236])

Der Beschuldigte hat die Berufung gegen einen Beschluß der Rathskammer des Bezirksgerichts nur dann, wenn er mit dem Beisatze, daß wegen Verbrechens zu verhandeln sei, in die öffentliche Sitzung des Bezirksgerichtes verwiesen wurde[237]). Er braucht keine Beschwerdepunkte anzugeben, und das Appellgericht kann, wie bei einer Berufung des Staatsanwaltes, der Entscheidung seine Anschauung unabhängig von der des Unterrichters zu Grunde legen. Es kann einen schwereren oder schwerer qualifizirten Reat, als die Rathskammer, für gegeben erachten, daher auch vor das Schwurgericht verweisen.

Das Appellgericht hat, außer der Verbescheidung von Berufungen gegen die Rathskammer-Beschlüsse, in denjenigen Sachen,

---

[235]) Walther Lehrbuch S. 258. Zeitschrift Bd. 4 S. 507.

[236]) Zeitschrift Bd. 1 S. 128, S. 286.

[237]) St.-P.-G. Art. 69 Abs. 2.

Digitized by Google

welche zur Kompetenz der Schwurgerichte gehören, das Verweisungserkenntniß zu erlassen [236]).

Gegen seine Beschlüsse ist (mit selbstverständlicher Ausnahme des Beschlusses auf Ergänzung der Voruntersuchung, und in analoger Anwendung des Art. 60, des auf Verweisung wegen Vergehens) die Nichtigkeitsbeschwerde sowohl dem Staatsanwalte als dem Beschuldigten, letzterem jedoch nur dann, wenn vor das Schwurgericht oder einen Verbrechenssenat des Bezirksgerichts verwiesen wurde, aus folgenden Gründen gewährt: [239])

1) wenn der Beschluß auf einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes bezüglich der Eigenschaft der That beruht,
2) wenn die Voruntersuchung in einem Falle, in welchem sie nur auf Antrag des Beschuldigten eröffnet werden kann, von Amtswegen eingeleitet war,
3) wenn der Beschluß ohne vorherige Vernehmung des Staatsanwaltes, oder
4) von einem nicht mit der vorgeschriebenen Zahl der Richter besetzten Senate gefaßt wurde, oder wenn einer der Richter die Voruntersuchung geführt oder in voriger Instanz schon mitgeurtheilt hat, oder
5) wenn das Appellationsgericht nicht zuständig war, oder
6) die Sache zur Aburtheilung an ein hiefür nicht zuständiges Gericht verwiesen wurde.

Daraus ergibt sich, daß wegen der Würdigung der thatsächlichen Momente eine Beschwerde nicht erhoben werden kann, daß ferner sowohl der Staatsanwalt als der Beschuldigte den Grund der Beschwerde anzugeben habe, widrigenfalls dieselbe aus formellen Gründen zu verwerfen wäre. Erscheint die Beschwerde als begründet, so vernichtet der oberste Gerichtshof das Erkenntniß und erläßt nach Verschiedenheit der Fälle entweder selbst die

---

[236]) St.-P.-G. Art. 51.

[239]) St.-P.-G. Art. 66 Abs. 2.

Digitized by Google

geeignete Verfügung auf die Voruntersuchung oder befaßt damit das entsprechende Appell- oder Untergericht.

Auch hier steht einer Urtheilsfällung zum Nachtheile des einseitig querulirenden Angeschuldigten kein Hinderniß im Wege. Der oberste Gerichtshof ist in der juristischen Würdigung des vorliegenden Materials so unbeschränkt wie die Rathskammer des Bezirksgerichts, wie der Anklagesenat des Appellgerichts[240]). Bezüglich der Fälle, in welchen er selbst die Verweisung vor das zuständige Gericht bethätigt, erscheint eine analoge Anwendung des Art. 245 Abs. 3 um so weniger als zulässig, als der Wortlaut des Art. 69 Nr. 1, wornach der oberste Gerichtshof die „geeignete" Verfügung über die Voruntersuchung zu erlassen hat, jeder Beschränkung seiner Urtheilsfällung im Wege steht.

Was bei der Berufung gegen Beschlüsse der Rathskammer für den Fall gesagt wurde, daß mehrere strafrechtliche Verhältnisse Gegenstand des Erkenntnisses waren, und bezüglich des einen eine Einstellung erfolgte, deren Grund auch bei den übrigen zutrifft, hat auch hier seine Richtigkeit[241])

§. 29.

Fortsetzung. Einfluß des Verweisungserkenntnisses auf das Endurtheil.

Es wurde schon hervorgehoben, daß im bayerischen Rechte dem Verweisungserkenntnisse rücksichtlich der materiellen Würdigung der Sache nur die Bedeutung eines Gutachtens zukomme. Der Angeschuldigte erwirbt durch dasselbe im Allgemeinen kein Recht darauf, daß seine That nach dem Ergebnisse der öffentlichen Verhandlung nicht strenger beurtheilt werde. Wenn man bedenkt, daß erst in dieser den Richtern ein lebendiges Bild von dem strafrechtlichen Verhältnisse gewährt wird, gegen welches das todte

[240]) Zeitschrift Bd. 5 S. 232.

[241]) Zeitschrift Bd. 1 S. 123, 281.

Digitized by Google

Material der geheimen und schriftlichen Voruntersuchung fast all' seine Bedeutung verlieren muß, so erscheint es als eine sehr entsprechende Anordnung, daß das aburtheilende Gericht seinen Ausspruch unabhängig vom Verweisungserkenntnisse, im Einklang mit dem Ergebnisse der öffentlichen Verhandlung, erlasse. War schon das Ergebniß der Voruntersuchung geeigenschaftet, um die Anklage auf einen höhern Grad zu richten, geht aus dem Verweisungserkenntnisse selbst hervor, daß die juristische Würdigung der darin festgestellten Thatsachen zum Vortheile des Angeklagten eine unrichtige ist, so steht dieser Fehler im Verweisungserkenntnisse der richtigen Qualifikation in der Hauptverhandlung weder in schwurgerichtlichen, noch in korrektionalgerichtlichen Fällen im Wege.

Hat aber die Hauptverhandlung in thatsächlicher Beziehung zum Nachtheile des Beschuldigten ein anderes Resultat ergeben, als die Voruntersuchung, so wird es darauf ankommen, ob demselben Gelegenheit geboten ist, sich gegen die veränderte Anklage zu vertheidigen oder nicht.

Ersteres ist der Fall bei den Verhandlungen der Bezirks- und Appellationsgerichte.[242]) Ergibt sich bei diesen am Schlusse der Verhandlung, daß die Sache nicht gehörig aufgeklärt ist, so kann die Aburtheilung ausgesetzt, und zu weiterer Aufklärung entweder die Vernehmung anderer Zeugen oder Sachverständiger in einer späteren Sitzung verfügt, oder die Sache an den Untersuchungsrichter zurückverwiesen werden. Wenn ferner das Bezirks- oder Appellgericht nach Artikel 322 oder 321 die Wiederholung der Verhandlung vor einem Verbrechenssenate oder die mittelbare resp. unmittelbare Verweisung der Sache an das Schwurgericht beschließt, so hat der Beschuldigte hiegegen Rechtsmittel, und jedenfalls Gelegenheit, sich bis zur zweiten Verhandlung gegen die ihm bekannte Veränderung der Anklage vorzubereiten.

In schwurgerichtlichen Fällen dagegen kann die Vertagung der Sache nur vor dem Beginn der Verhandlung,[243]) bevor

[242]) St.-P.-G. Art. 319.

[243]) St.-P.-G. Art. 154.

Digitized by Google

nämlich der Angeschuldigte vernommen ist, beantragt werden. Hat er sich einmal auf die Anklage eingelassen, so muß — Krankheitsfälle und das Ausbleiben von Zeugen ausgenommen — die Sache unter allen Umständen durch ein Endurtheil erledigt werden. Wenn sich daher in der öffentlichen Verhandlung Umstände ergeben, welche die in Frage stehende That als eine schwerer, wie im Verweisungserkenntnisse qualifizirte, erscheinen lassen, und demgemäß die Anklage auf den höheren Grad gerichtet und entsprechende Fragen gestellt würden, so könnte der Angeklagte in der empfindlichsten Weise in seiner Vertheidigung verkürzt werden.

Die Praxis[244]) läßt dieß, gerade wie in den Fällen zu, in welchen schon nach dem Verweisungserkenntnisse eine andere Qualifikation die richtige gewesen wäre. Dagegen kommt Folgendes zu erwägen. Nach Art. 173 ist die Hauptfrage dahin zu richten, ob sich der Angeklagte des Verbrechens, welches den Gegenstand der Anklage bildet, schuldig gemacht habe. Anklage und Hauptfrage stehen miteinander in Zusammenhang, so daß die erstere die letztere bedingt und bestimmt. Um den einzelnen Verbrechensbegriff zu erfüllen, ist es sodann nach Abs. 2 des erwähnten Artikels gestattet, einzelne Thatumstände, nicht blos aus der Voruntersuchung, sondern auch aus der Verhandlung zu entnehmen und in den Bereich der Frage zu ziehen.

Der Art. 174 bestimmt, daß, wenn bei einem Verbrechen, von welchem das Strafgesetz verschiedene Abstufungen aufstellt, die Anklage auf den höheren Grad gerichtet war, der Hauptfrage nach Lage der Sache weitere Fragen bezüglich der geringeren Grade beizufügen sind. Dasselbe hat Statt zu finden, wenn durch das Hinwegfallen einzelner gesetzlicher Merkmale die That unter den Begriff eines leichteren Verbrechens oder eines Vergehens fällt, oder wenn aus der Verhandlung hervorgeht, daß ein

---

[244]) Sitz.-Ber. Bd. 4 S. 13; vergl. auch Walther Lehrbuch S. 358.

Digitized by Google

des vollendeten Verbrechens Angeklagter nur der Beihilfe oder Begünstigung, oder ein des vorsätzlichen Verbrechens Angeklagter nur der Verübung aus Fahrläßigkeit schuldig befunden werden könnte.

Mit keinem Worte aber hat der Gesetzgeber hier, wo von der Frageſtellung wegen der niederen Grade der Verschuldung die Rede ist, der wegen höherer gedacht, obschon ihm, wenn er auch bezüglich der letzteren nach dem Ergebnisse der Verhandlung besondere Fragen gestellt wissen wollte, unmittelbare Veranlassung zu einer desfallsigen Bestimmung gewesen wäre. Denn nachdem in den Motiven [245]) zum Gesetzentwurfe über die Rechtsmittel gegen die vom Assisenhofe erlassenen Urtheile zuerst die verschiedenen Systeme der Frageſtellung besprochen sind, und schließlich das System des Code d'instruction criminelle dargestellt ist, heißt es am Schlusse von Seite 233 cit.:

„Dieses System hat auch der gegenwärtige Entwurf in seinen Grundgedanken adoptirt".

Im französischen Rechte ist aber der Fall, daß sich aus der Verhandlung erschwerende Umstände ergeben, ausdrücklich vorgesehen, indem der Art. 338 des Code d'instr. crim. bestimmt:

„S'il resulte des débats une ou plusieurs circonstances aggravantes non mentionnées dans l'acte d'accusation le président ajoutera la question suivante: l'accusé a-t-il commis le crime avec telle ou telle circonstance?"

Indem der Gesetzgeber diese Bestimmung vor Augen hatte, sie aber seinem Gesetze nicht einverleibte, hat er offenbar an den Tag gelegt, daß sie ihm nicht zusage, und daß sie daher für das von ihm zu schaffende Gesetz nicht gelten solle.

Dem gegenüber läßt sich aus Art. 177 kein Argument für die Ansicht der Praxis entnehmen. Denn wenn auch nach demselben über diejenigen Thatumstände, welche eine schwerere Qualifikation des Verbrechens begründen, abgesonderte Fragen zu stellen sind, so folgt aus seinem Verhältnisse zu Art. 176 und 178, seiner konkreten Fassung, sowie den Motiven dazu in der unzwei-

[245]) Verh. d. G.-A. d. K. d. A. Prot.-Bd. 1. S. 231, 233.

Digitized by Google

deutigsten Weise, daß der Gesetzgeber nur an Schärfungsgründe dachte, welche schon im Verweisungserkenntnisse vorgesehen sind.

Während nämlich in den Artikeln 173—175 von der Fragestellung rücksichtlich der verschiedenen Grade und Abstufungen der Strafbarkeit einer Uebertretung die Rede ist, handeln die Art. 176—178 von den Strafausmessungsgründen. Bezüglich derjenigen, welche auf Ausmessung der Strafe innerhalb des höchsten und niedrigsten Strafmaßes Einfluß haben, soll keine besondere Frage gestellt werden.[246]) Dagegen sind nach Art. 177 und 178 wegen der Strafschärfungs- und Milderungsgründe gesonderte Fragen an die Geschwornen zu richten. Der Art. 177 ist mit einem einleitenden „dagegen" dem Artikel 176 gegenüber gestellt; dieser handelt nur von der Anordnung des dem Endurtheile zu Grunde liegenden Stoffes für die Fragestellung. Wegen der disjunktiven Fassung des Art. 177 ist daher anzunehmen, daß auch dieser Artikel nur eine Bestimmung über die Anordnung der Fragen treffen wollte. Daß dieß der Fall, geht ferner aus der Bemerkung hervor, es seien gesonderte Fragen zu stellen, „soweit dieß thunlich ist"; denn dieser Beisatz bezieht sich offenbar nur auf die Theilung der Anklage zum Zwecke der Uebersichtlichkeit.[247]) Alle Bedenken über die Tragweite des Art. 177 müssen aber schwinden, wenn man die Motive zum Gesetze in's Auge faßt.

Nachdem in denselben von den Strafmilderungsgründen die Rede war, und hervorgehoben wurde, daß bezüglich derselben gesonderte Fragen zu stellen seien, heißt es sodann weiter:[248])

[246]) Straferschwerungs- Strafminderungsgründe.

[247]) Würde es sich nicht lediglich um die Anordnung des Stoffes handeln, so wäre nicht abzusehen, warum das „thunlich sein" hervorgehoben wird. Die Formulirung einer Frage auf einen höhern Grad als die Anklage geht, unterliegt doch in keinem Falle einer Schwierigkeit.

[248]) Verh. d. G.-A. d. K. d. A. Blgn.-Bd. 1 S. 237.

Digitized by Google

„Ein ähnliches Verhältniß wie bei den Strafmilderungsgründen liegt vor, wenn die Anklage sich auf Thatumstände ausdehnt, welche eine schwerere Qualifikation begründen, wie solches z. B. bei dem qualifizirten Morde (St.-G.-B. Thl. I. Art. 147), dem ausgezeichneten Diebstahle (Verordn. vom 28. März 1816 Art. VI. u. VII.) u. s. w. der Fall ist. Hier sind neben der Hauptfrage über die That ohne die Qualifikation in der Regel abgesonderte Fragen über die qualifizirenden Umstände zu stellen, wenn nicht etwa der innige Zusammenhang des qualifizirenden Umstandes mit der Hauptthat selbst, wie z. B. bei dem Vatermorde, dem Diebstahle eines Kruzifixes u. s. w. aus der Kirche, eine solche Trennung als unpassend erscheinen läßt.“

Ich glaube nicht, daß bei diesem klaren Ausspruche des Gesetzgebers noch ein gegründeter Zweifel bestehen wird, daß es sich bei der Abfassung des Art. 177 lediglich um die Anordnung des Stoffes handelte, und an Schärfungsgründe, die sich erst aus der Verhandlung ergeben, nicht gedacht wurde. Aus Art. 178 geht vielmehr hervor, daß sie der Gesetzgeber bei der Fragestellung ausschließen wollte. In diesem heißt es: „Ergeben sich bei der Verhandlung Umstände, welche das Gesetz als Strafmilderungsgründe anerkennt, so sind auch darauf besondere Fragen zu richten“. Wollte der Gesetzgeber aus der Verhandlung sich ergebende Strafschärfungsgründe bei der Fragestellung berücksichtigt wissen, so hätte er diese Ausdrucksweise gewiß schon im Art. 177 beliebt.

Nach diesen Ausführungen erscheint wenigstens nach bayer. Recht die Berücksichtigung der letzteren bei der Fragestellung nicht mehr als zulässig. Dieses Resultat mag allerdings der Bedeutung, welche der Hauptverhandlung gegenüber der Voruntersuchung zukommen soll, nicht entsprechen. Wenn wir aber erwägen, daß nach den Motiven zu den, den Gesetzgebungs-Ausschüssen im Jahre 1848 vorgelegten, Gesetzentwürfen über die Reform des Strafver-

Digitized by Google

fahrens, sowie den Referaten und Verhandlungen über dieselben, alle Gesetzgebungsfaktoren von dem Gedanken beseelt waren, die Stellung des Angeschuldigten und seine Vertheidigung möglichst zu erleichtern: so werden wir die Verletzung des materiellen Rechtes, die sich nach der hier vertretenen Ansicht ergeben kann, geringer anschlagen, als die Nachtheile, welche mit einer Ueberraschung des Angeklagten durch eine schwerere Anklage (ohne daß ihm Gelegenheit zur Vertheidigung geboten würde), verbunden wären.

Die Staatsanwälte und Appellgerichte mögen es sich angelegen sein lassen, durch entsprechende Einrichtung ihrer Anträge, resp. der Verweisungserkenntnisse dem hiebei hervorgerufenen Mißstande, daß den Schuldigen nicht die gehörige Strafe treffe, vorzubeugen; für den Gesetzgeber aber wäre Veranlassung gegeben, die Möglichkeit einer Aussetzung des Urtheils zu eröffnen, dann aber auch die Berücksichtigung von Erschwerungsgründen, die aus der Verhandlung hervortreten, zuzulassen.

Im oldenburgischen Gesetze vom 7. November 1857, welches in Bezug auf die Fragestellung mehrere Bestimmungen des bayerischen Rechtes wörtlich aufgenommen hat (vergl. Art. 325 des oldenb. mit Art. 174 des bayer. Ges., Art. 328 des oldenb. mit 176 des bayer.), ist das französische Recht konsequent befolgt, und im Art. 327 mit 329 auch die Berücksichtigung solcher Schärfungsgründe bei der Fragestellung gestattet, welche sich erst aus der Verhandlung ergeben haben; dagegen aber auch die Möglichkeit einer Aussetzung der Verhandlung, wenn es das Interesse der Vertheidigung erheischt, zugelassen. Art. 326 §. 2.[249])

---

[249]) Den gleichen Standpunkt, der hier für das bayer. Recht festgehalten wird, scheint Rüttimann im Kommentar zu §. 247 des Zürich. Ges. v. 16. Nov. 1851 einzunehmen. Vergl. auch die St.-P.-O. für Thüringen §. 287.

Digitized by Google

III. Reformatio in pejus beim Einspruche.[250])

§. 30.

Kann der Angeschuldigte nicht sistirt werden, oder ist er in Fällen, in welchen seine Verhaftung unzulässig ist, trotz der entsprechenden Vorladung nicht erschienen, so wird in seiner Abwesenheit verhandelt und geurtheilt.[251]) Je nachdem das ohne ihn gepflogene, sog. Ungehorsamsverfahren mehr oder weniger wichtige Fälle betrifft, je nachdem die Garantien, welche in der Regel zu einer umfassenden Vertheidigung geboten sein müssen, in geringerem oder größerem Umfange auch in Abwesenheit des Beschuldigten gewahrt wurden, hat derselbe im Falle seiner Verurtheilung[252]) das Recht, entweder unbeschränkt oder doch innerhalb gewisser Zeit[253]) die nochmalige Vornahme der in seiner Abwesenheit gepflogenen Verhandlung zu verlangen. Erscheint er dann auf die zweite Vorladung, oder ist er zur Haft gebracht worden, so daß seine Vorführung möglich wird, so wird nunmehr neu verhandelt.[254]) Dabei kann zwar nach Verschiedenheit der

---

[250]) Rücksichtlich des bezirksgerichtlichen Ungehorsamsverfahrens vergl. Stenglein in den Blättern f. R.-A. Bd 23 S. 385 ff. S. 401 ff.; vergl. auch Planck S. 491.

[251]) St.-P.-G. Art. 281, 287, 297, 301, 345, 352, 356.

[252]) Stenglein a. a. O. S. 407.

[253]) St.-P.-G. Art. 293, 298, 347, 358.

[254]) St.-P.-G. Art 294, 300, 352; dazu Zeitschrift Bd. 3 S. 45; Art. 358 Abs. 3.

Digitized by Google

Fälle das Resultat der vorigen Verhandlung zur Vermeidung von Wiederholungen benützt, es können z. B. die Aussagen von Zeugen,[255]) welche in der ersten Verhandlung vernommen wurden, vorgelesen werden, allein unter allen Umständen ist von Neuem zu erkennen.[256])

Das erste Urtheil wird durch die Erklärung des Angeschuldigten, daß er sich demselben nicht unterwerfe, resp. von dem Einspruchsrechte Gebrauch mache, beseitigt und das Gericht hat zu erkennen, als wenn kein solches vorliegen würde. Deshalb steht auch der Ausfällung eines härteren Urtheiles, als das erstere war, nichts im Wege.[257]) Bleibt der Angeschuldigte bei der zweiten Verhandlung wieder aus, so wird erkannt, daß es bei dem früheren Urtheile sein Bewenden habe. Dieser Ausspruch ist zu erlassen, ohne daß das Gericht sich mit einer nochmaligen Würdigung der Sache befassen dürfte, selbst wenn es mittlerweile zu einer andern Ansicht gekommen wäre.[258]) Daher kann eine Abänderung des vorigen Urtheils weder zum Nachtheile noch zum Vortheile des Beschuldigten erfolgen.

Lagen mehrere Anschuldigungen gegen den Ungehorsamen vor, so hat er bezüglich derjenigen, bei welcher eine Freisprechung erfolgte, so wenig das Einspruchsrecht, wie ein anderes Rechtsmittel. Das Urtheil wird, wenn der Staatsanwalt dagegen kein Rechtsmittel ergreift, so weit rechtskräftig, und die neue Ver-

---

[255]) St.-P.-G. Art. 352.

[256]) St.-P.-G. Art. 295, 301, 353, 358.

[257]) Sitz.-Ber. Bd. 4. S. 44. (Die Bemerkung in der Note auf S. 45, es könne, wenn eine Berufung des Staatsanwaltes zur Verbescheidung kömmt, allerdings eine Abänderung zum Nachtheil des Beschuldigten nicht erfolgen, muß wohl durch Annahme eines Schreibverstoßes erklärt werden.) Zeitschrift Bd. 5 S. 174; Stenglein a. a. O. S. 403; Walther, Lehrbuch S. 525; Planck S. 492, 602.

[258]) Walther, Lehrbuch S. 526.

Digitized by Google

handlung kann sich auf diese Anschuldigung nicht mehr erstrecken. Erfolgte aber wegen aller Reate eine Verurtheilung, so kommt in Betracht, was oben bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde bemerkt wurde, daß nämlich der Angeschuldigte nicht ein und dasselbe Verfahren in einer Beziehung gelten lassen, in der andern anfechten kann. Da hier der Mangel des rechtlichen Gehörs immer das Verfahren wegen aller Reate ergreift, dieser Mangel aber die Grundlage des Einspruches ist, [259]) so kann er denselben nur in Bezug auf die ganze Verhandlung erheben, und ist dann immer wegen aller Reate neu zu verhandeln und zu entscheiden.

---

[259]) Walther Rechtsmittel Bd. 2 S. 224, 225.

Digitized by Google

§. 31.

Resultate.

Fassen wir die bisherige Darstellung zusammen, so ergibt sich, was

I. Die Rechtsmittel gegen Endurtheile anbelangt:

1) bezüglich der Berufung, daß die Bestimmung des Art. 338 als zureichend erachtet werden muß. Durch dieselbe ist im Falle einseitiger Berufung des Angeschuldigten einer reformatio in pejus mit Rücksicht auf das Gesammtstrafübel vorgebeugt, und ein Mehreres zu erreichen, besteht für den Strafprozeß kein Bedürfniß. Eine andere Frage mag die sein, ob es nicht zweckmäßig wäre, auch bei der Berufung eine theilweise Anfechtung des unterrichterlichen Urtheiles zuzulassen, in welchem Falle dann wegen partieller Rechtskraft, in Bezug auf den nicht angefochtenen Theil, eine Abänderung weder zum Nachtheil noch zum Vortheil des Beschwerdeführers möglich wäre. Die Erörterung dieser Frage kann jedoch nicht Gegenstand gegenwärtiger Abhandlung sein.

Was sodann

2) die Nichtigkeitsbeschwerde und zwar

a) gegen schwurgerichtliche Urtheile anlangt, so hat sich ergeben, daß dieselbe nach bayerischem Rechte, wenn sie für begründet erachtet wird, fast immer zu einer reformatio in pejus führen könne, insoferne dadurch die Möglichkeit eines strengeren Urtheils eröffnet wird. Zwar hält Arnold [260]) dafür, es komme dieselbe

---

[260]) Gerichtssaal 1858 S. 210.

Digitized by Google

nur bei der Berufung zur Sprache, allein alle Gründe, welche nach seiner Ansicht vom legislatorischen Standpunkte aus gegen die Zulässigkeit einer reformatio in pejus bei der Berufung sprechen, treffen gleichmäßig auch bei der Nichtigkeitsbeschwerde zu. Dieselbe ist nach bayerischem Rechte und den meisten neueren Strafprozeßordnungen das einzige ordentliche Rechtsmittel, welches dem Angeklagten in schwurgerichtlichen Fällen gewährt wird. Wenn er davon Gebrauch macht, denkt er nicht an die Natur derselben, ist sich nicht bewußt, daß sie zur Aufhebung des vorigen und Erlassung eines strengeren Urtheiles führen könne. Er hat nur eine Milderung des letzten oder eventuell eine Verwerfung seiner Beschwerde, Bestätigung des angefochtenen Urtheiles, im Sinne, und wird bitter getäuscht, wenn das zweite härter ausfällt, als das erste.

Die neuere französische, insbesondere aber die preußische Praxis und Doktrin wollen daher dem neubefaßten Richter in keiner Weise die Ausfällung eines härteren Urtheiles gestatten,[261]) und gehen dabei von einer Rechtskraft[262]) des vorigen Urtheiles aus, wornach dem Angeklagten die einmal erworbenen Vortheile nicht mehr entzogen werden könnten. Darin liegt aber wie schon oben bei der Berufung hervorgehoben wurde, eine Verkehrung des richtigen Verhältnisses zwischen Rechtskraft und Unzulässigkeit der reformatio in pejus. Die letztere kann allerdings die Folge der ersteren sein, wenn sich einzelne Theile des Urtheiles ausscheiden lassen, und das Rechtsmittel so geeigenschaftet ist, daß es nur zu einer Prüfung der Beschwerde, und wenn

---

[261]) Erk. des Pariser Kassationshofes v. 13. Okt. 1859, mitgetheilt im Ger.-Saal 1860 S. 308; Dalloz IV. p. 320; siehe aber Trébutien p. 568. Stemann S. 253 — 254. Die Unterscheidung bei Goltdammer 1860 S. 323, ob eine Verletzung von Grundsätzen des Verfahrens oder der Kompetenz vorliege, scheint keine innerlich begründete zu sein.

[262]) Ger.-Saal 1860 a. a. O.

Digitized by Google

diese begründet, zu unmittelbarer Abhilfe führt. Ist dagegen vollständige oder theilweise Wiederholung der Verhandlung die Folge des Rechtsmittels, so läßt sich, soweit noch einmal verhandelt wird, unmittelbar von einer Rechtskraft nicht reden.

Das Bedürfniß nach einer die reformatio in pejus auch bei der Nichtigkeitsbeschwerde ausschließenden Vorschrift muß daher für den bayerischen wie den neueren Strafprozeß überhaupt anerkannt werden[263]). Sie ließe sich vielleicht in folgender Weise fassen:

> „Ein Endurtheil, welches in unmittelbarer oder mittelbarer Verbescheidung eines Rechtmittels des Beschuldigten ergeht, darf keine für den letzteren nachtheiligere Bestimmung enthalten, als das angefochtene Erkenntniß[264])."

Diese Vorschrift würde für die Berufung wie für die Nichtigkeitsbeschwerde passen. Bezüglich der ersteren käme ihr die nämliche Bedeutung zu, wie dem im Art. 338 ausgesprochenen Verbote, bezüglich der letzteren würde sie sowohl auf die Einrichtung des vernichtenden resp. verweisenden, als des neu in der Sache selbst zu erlassenden Urtheiles von Einfluß sein. Der Kassationsrichter würde darnach, wenn bei einem Reate mehrere Grade der Schuld sich unterscheiden lassen, und das Strafrecht des Staates durch das erste Urtheil in Bezug auf den höheren Grad aberkannt wurde, nur mehr, soweit eine Verurtheilung vorliegt, verweisen; der neubefaßte Schwurgerichtshof würde bei der Strafausmessung das vorige Urtheil insoweit zu respektiren haben, als er das darin gesetzte Maß der Strafe nicht überschreiten dürfte. Ein Kriterium, in wie weit eine solche Vorschrift die Thätigkeit des Kassationsrichters, in wie weit sie die des zweiten Schwurgerichtshofes berühren würde, ließe sich prinzipiell aus den Bestimmungen über die Fragestellung entnehmen. Die Erledigung

---

263) Walther Rechtsmittel Bd. 2 S. 116 mit 114.

264) Eine solche Bestimmung hat Württemberg in Art. 223 Abs. 2.

Digitized by Google

aller den Strafausspruch bestimmenden Umstände, welche Gegenstand der Fragestellung sein müssen, hätte der verweisende Kassationsrichter, die Würdigung dagegen derjenigen, welche nur die Strafausmessung innerhalb des gesetzten Strafmaßes berühren, der in der Sache selbst erkennende Schwurgerichtshof zu berücksichtigen.

In der ersten Beziehung könnte es sich dann allerdings ereignen, daß die Sache, so wie sie durch das erste Urtheil festgestellt ist, nicht mehr zur Kompetenz des Schwurgerichtes gehörte, und man möchte vielleicht meinen, daß der Kassationshof nunmehr an ein Korrektionalgericht verweisen sollte. Allein der Angeklagte hat durch den rechtskräftigen Verweisungsbeschluß das Recht erlangt, daß seine Angelegenheit vom Schwurgericht erledigt werde, es hat daher seine Verweisung auch an ein solches zu geschehen[265].) Ueber die höheren Grade der Schuld, in Bezug auf welche durch das vorige Urtheil das Strafrecht des Staates aberkannt wurde, würden dann keine Fragen mehr an die Geschwornen gestellt werden. Ebenso würden die durch den ersten Wahrspruch angenommenen Milderungsgründe nicht mehr Gegenstand einer besonderen Fragestellung sein.

Die Anwendung einer solchen Vorschrift würde außerdem um Vieles vereinfacht werden, wenn der oberste Gerichtshof, woferne es sich nur um eine unrichtige Gesetzesanwendung handelte, wie nach den andern neuern Strafprozeßordnungen *selbst* in der Sache zu erkennen hätte. *In dieser Beziehung dürfte in der That die Nachahmung des französischen Rechtes aufgegeben werden.*

b) Was bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse gesagt wurde, gilt mutatis mutandis bei der gegen *appellationsgerichtliche* Urtheile. Nur möchte die Ausschließung der Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes wegen

---

[265]) Zeitschrift Bd. 3 S. 73.

Digitized by Google

Formfehler nach den Ausführungen des §. 25 als eine Anforung der Konsequenz erscheinen.

II. Rücksichtlich der Rechtsmittel gegen Verweisungserkenntnisse scheint der Standpunkt des bayerischen Rechtes der richtige zu sein. Doch muß es, wie schon oben hervorgehoben wurde, als wünschenswerth erachtet werden, daß mit der Möglichkeit der Vertagung einer schwurgerichtlichen Verhandlung die Stellung von Fragen auf schwerere Grade nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung ausdrücklich gestattet werde.

III. Auch bezüglich des Einspruches dürfte sich kein Bedürfniß nach einer die reformatio in pejus ausschließenden Bestimmung wahrnehmen lassen, indem erst die auf den Einspruch folgende — in Gegenwart des Beschuldigten abgehaltene Verhandlung als das regelmäßige Verfahren erscheint, gegen welches die ordentlichen Rechtsmittel gebraucht werden können. Es besteht das Bedürfniß nach einer solchen Bestimmung um so weniger, als, abgesehen von den leichteren Uebertretungsfällen, die Abhaltung einer Verhandlung in Abwesenheit des Beschuldigten überhaupt als etwas Ueberflüssiges und Unzweckmäßiges zu erachten ist.[266])

---

[266]) Walther Rechtsmittel Bd. 2 S. 224 ff.; insbesondere S. 229.

Digitized by Google

Berichtigungen.

Seite 14, Zeile 5 v. o. l., statt Thatsache „Thatsachen“; Seite 20, Zeile 17 v. o. nach „Walther“ schalte ein: „Bd. 1“; in Note 60 S. 27 füge bei: „Hessen-Darmstadt Art. 200“; in Note 61 S. 27 schalte nach „Hessen-Darmstadt“ ein: „Art. 279, 280.“

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google